هداية على البداية

RAĞIP P.
Ka. N.
595

كتاب الطهارة ١	فصل في نواقض الوضوء ٢	فصل في الغسل ٣	باب ما يجوز به الوضوء ٤
٧	٧	٧	٩
فصل في البئر ٦	فصل في الأسآر وغيرها ٧	باب التيمم ٧	باب المسح على الخفين ٩
١٠	١١	١١	١١
باب الحيض	فصل في الاستحاضة	فصل في النفاس	باب الأنجاس وتطهيرها
فصل في الاستنجاء ١٣	كتاب الصلوة ١٣	باب المواقيت ١٣	فصل يستحب الإسفار بالفجر ١٣
١٤	١٤	١٥	١٦
فصل في الأوقات المكروهة	باب الأذان	باب الشروط التي تتقدم الصلاة	باب صفة الصلاة
فصل في القراءة ١٩	باب الإمامة ٢٠	باب الحدث في الصلاة ٢٢	باب ما يفسد الصلاة وما يكره فيها ٢٣
٢٤	٢٥	٢٥	٢٥
فصل ويكره للمصلي	فصل ويكره استقبال القبلة	باب صلاة الوتر	باب النوافل
فصل القراءة في الفرض واجبة ٢٦	فصل في قيام شهر رمضان ٢٧	باب إدراك الفريضة ٢٧	باب قضاء الفوائت ٢٨

باب سجود السهو ٢٨	باب صلاة المريض ٣٠	باب سجود التلاوة ٣٠	باب صلاة المسافر ٣١
باب الجمعة ٣٢	باب العيدين ٣٣	فصل في تكبيرات التشريق ٣٤	باب صلاة الخسوف ٣٤
باب الاستسقاء ٣٤	باب صلاة الخوف ٣٤	باب الجنائز ٣٥	فصل في الغسل ٣٥
فصل في التكفين ٣٥	فصل في الصلاة على الميت ٣٦	فصل في حمل الجنازة ٣٦	فصل في الدفن ٣٧
باب الشهيد ٣٧	باب الصلاة في الكعبة ٣٧	كتاب الزكاة ٣٧	باب صدقة السوائم ٣٨
فصل في الإبل ٣٨	فصل في البقر ٣٩	فصل في الغنم ٣٩	فصل في الخيل ٣٩
فصل وليس في الفصلان والحملان والعجاجيل صدقة ٤٠	باب زكاة المال ٤١	فصل في الفضة ٤١	فصل في الذهب ٤١
فصل في العروض ٤١	باب فيمن يمر على العاشر ٤١	باب في المعادن والركاز ٤٢	باب زكاة الزروع والثمار ٤٣

باب من يجوز دفع الصدقة إليه ومن لا ٤٤	باب صدقة الفطر ٤٥	فصل في مقدار الواجب ووقته ٤٦	كتاب الصوم ٤٦
باب ما يوجب القضاء والكفارة ٤٨	فصل ومن كان مريضا ٥٠	فصل فيما يوجبه على نفسه ٥٢	باب الاعتكاف ٥٣
كتاب الحج ٥٣	فصل في المواقيت ٥٤	باب الإحرام ٥٥ / فصل [illegible] ٦٠	باب القران ٦١
باب التمتع ٦٢	باب الجنايات ٦٤	فصل وإن نظر إلى فرج امرأته ٦٦	فصل ومن طاف طواف القدوم ٦٦
فصل [illegible] على المحرم ٦٨	باب مجاوزة الوقت بغير إحرام ٧١	باب إضافة الإحرام إلى الإحرام ٧٢	باب الإحصار ٧٣
باب الفوات ٧٤	باب الحج عن الغير ٧٤	باب الهدي ٧٥	مسائل منثورة ٧٦
كتاب النكاح ٧٧	فصل في المحرمات ٧٧	باب في الأولياء والأكفاء ٧٩	فصل في الكفاءة ٨١
فصل في الوكالة بالنكاح ٨٢	باب المهر ٨٢	فصل إذا تزوج النصراني نصرانية ٨٦	باب نكاح الرقيق ٨٧

باب نكاح أهل الشرك ٨٩	باب القسم ٩٠	كتاب الرضاع ٩٠	كتاب الطلاق ٩٢
باب طلاق السنة ٩٢	فصل ويقع طلاق كل زوج ٩٢	باب إيقاع الطلاق ٩٣	فصل في إضافة الطلاق إلى الزمان ٩٥
فصل وإذا قال لامرأته أنا منك طالق فليس بشيء ٩٦	فصل في تشبيه الطلاق ووصفه ٩٦	فصل في الطلاق قبل الدخول ٩٧	باب تفويض الطلاق ٩٩
فصل في الأمر باليد ٩٩	فصل في المشيئة ١٠٠	باب الأيمان في الطلاق ١٠٢	فصل في الاستثناء ١٠٣
باب طلاق المريض ١٠٣	باب الرجعة ١٠٥	فصل فيما تحل به المطلقة ١٠٦	باب الإيلاء ١٠٧
باب الخلع ١٠٨	باب الظهار ١١٠	فصل في الكفارة ١١٠	باب اللعان ١١٢
باب العنين ١١٣	باب العدة ١١٤	فصل وعلى المبتوتة الإحداد ١١٦	باب ثبوت النسب ١١٧
باب الولد من أحق به ١١٥	فصل وإذا أرادت المطلقة أن تخرج بولدها ١١٩	باب النفقة ١١٩	فصل وعلى الزوج أن يسكنها في دار مفردة ١٢٠

فصل وللمطلقة النفقة والسكنى في عدتها ١٢١	فصل ونفقة الأولاد الصغار على الأب ١٢٢	فصل وعلى الرجل أن ينفق على أبويه ١٢٢	فصل وعلى المولى أن ينفق على عبده وأمته ١٢٣
كتاب العتاق ١٢٣	فصل ومن ملك ذا رحم محرم ١٢٥	باب العبد يعتق بعضه ١٢٥	باب عتق أحد العبدين ١٢٨
باب الحلف بالعتق ١٢٩	باب العتق على جعل ١٢٩	باب التدبير ١٣١	باب الاستيلاد ١٣١
كتاب الأيمان ١٣٣	باب ما يكون يمينا وما لا يكون ١٣٣	فصل في الكفارة ١٣٤	باب اليمين في الدخول والسكنى ١٣٤
باب اليمين في الخروج والإتيان والركوب ١٣٥	باب اليمين في الأكل والشرب ١٣٦	باب اليمين في الكلام ١٣٨	فصل ومن حلف لا يكلمه حينا أو زمانا ١٣٩
باب اليمين في العتق والطلاق ١٣٩	باب اليمين في البيع والشراء والتزوج ١٤٠	باب اليمين في الحج والصلاة والصوم ١٤٠	باب اليمين في لبس الثياب والحلي ١٤١
باب اليمين في الضرب والقتل ١٤١	باب اليمين في تقاضي الدراهم ١٤١	مسائل متفرقة ١٤٥	كتاب الحدود ١٤٦
فصل في كيفية الحد وإقامته ١٤٣	باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه ١٤٤	باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها ١٤٦	باب حد الشرب ١٤٩

باب حد القذف ١٤٩	فصل في التعزير ١٥١	كتاب السرقة ١٥٢	باب ما يقطع فيه وما لا يقطع ١٥٢
فصل في الحرز والأخذ منه ١٥٤	فصل في كيفية القطع وإثباته ١٥٥	باب ما يحدث السارق في السرقة ١٥٧	باب قطع الطريق ١٥٨
كتاب السير ١٥٩	باب كيفية القتال ١٥٩	باب الموادعة ومن يجوز أمانه ١٦٠	فصل إذا أمن حر أو حرة كافراً أو جماعة ١٦١
باب الغنائم وقسمتها ١٦١	فصل في كيفية القسمة ١٦٣	فصل في التنفيل ١٦٥	باب استيلاء الكفار ١٦٥
باب المستأمن ١٦٦	فصل وإذا دخل الحربي إلينا مستأمناً ١٦٧	باب العشر والخراج ١٦٨	باب الجزية ١٦٩
فصل في عدم جواز إحداث بيعة ١٧٠	فصل في نصارى بني تغلب ١٧١	باب أحكام المرتدين ١٧١	باب البغاة ١٧٤
كتاب اللقيط ١٧٥	كتاب اللقطة ١٧٦	كتاب الإباق ١٧٧	كتاب المفقود ١٧٨
كتاب الشركة ١٧٩	فصل ولا يجوز الشركة إلا بالدراهم ١٨٠	فصل في الشركة الفاسدة ١٨٢	فصل وليس لأحد الشريكين أن يؤدي زكاة مال الآخر إلا بإذنه ١٨٣

كتاب الوقف ١٨٣	فصل وإذا بنى مسجداً ١٨٦	كتاب البيوع ١٨٧	فصل ومن باع داراً دخل بناؤها ١٨٨
باب خيار الشرط ١٨٩	باب خيار الرؤية ١٩١	باب خيار العيب ١٩٣	باب البيع الفاسد ١٩٥
فصل في أحكامه ١٩٩	فصل فيما يكره ٢٠٠	نوع منه ٢٠١	باب الإقالة ٢٠١
باب المرابحة والتولية ٢٠١	فصل ومن اشترى شيئاً مما ينقل ويحول ٢٠٣	باب الربوا ٢٠٤	باب الحقوق ٢٠٦
باب الاستحقاق ٢٠٦	فصل في بيع الفضولي ٢٠٧	باب السلم ٢٠٨	مسائل منثورة ٢١١
كتاب الصرف ٢١١	كتاب الكفالة ٢١٥	فصل في الضمان ٢١٨	باب كفالة الرجلين ٢١٩
باب كفالة العبد وعنه ٢١٩	كتاب الحوالة ٢٢٠	كتاب أدب القاضي ٢٢٠	فصل في الحبس ٢٢٢
باب كتاب القاضي إلى القاضي ٢٢٢	فصل آخر ٢٢٢	باب التحكيم ٢٢٢	مسائل شتى ٢٢٤

فصل في القضاء بالمواريث ٢٢٥	فصل آخر ٢٢٦	كتاب الشهادات ٢٢٧	فصل ما يتحمله الشاهد على ضربين ٢٢٨
باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل ٢٢٩	باب الاختلاف في الشهادة ٢٣١	فصل في الشهادة على الإرث ٢٣٢	باب الشهادة على الشهادة ٢٣٣
فصل شاهد الزور ٢٣٤	كتاب الرجوع عن الشهادات ٢٣٤	كتاب الوكالة ٢٣٥	باب الوكالة بالبيع والشراء ٢٣٧
فصل في الشراء ٢٣٧	فصل في التوكيل بشراء نفس العبد ٢٣٩	فصل في الوكيل بالبيع ٢٤٠	فصل وإذا وكل وكيلين ٢٤١
باب الوكالة بالخصومة والقبض ٢٤١	باب عزل الوكيل ٢٤٣ ٢٤٣	كتاب الدعوى ٢٤٤	باب اليمين ٢٤٤
فصل في كيفية اليمين والاستحلاف ٢٤٤	باب التحالف ٢٤٦ ٢	فصل فيمن لا يكون خصما ٢٤٩	باب ما يدعيه الرجلان ٢٥٠
فصل في التنازع بالأيدي ٢٥٢	باب دعوى النسب ٢٥٣	كتاب الإقرار ٢٥٥	فصل ومن قال لحمل فلانة علي كذا ٢٥٦
باب الاستثناء وما في معناه ٢٥٦	باب إقرار المريض ٢٥٩	فصل ومن أقر بغلام يولد مثله لمثله ٢٥٩	كتاب الصلح ٢٦٠

فصل والصلح جائز عن دعوى الأموال ٢٦١	باب التبرع بالصلح والتوكيل به ٢٦٢	باب الصلح في الدين ٢٦٢	فصل في الدين المشترك ٢٦٣
فصل في التخارج ٢٦٤	كتاب المضاربة ٢٦٤	باب المضارب يضارب ٢٦٦	فصل إذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ٢٦٧
فصل في العزل والقسمة ٢٦٧	فصل فيما يفعله المضارب ٢٦٦	فصل آخر ٢٦٩	فصل في الاختلاف ٢٧٠
كتاب الوديعة ٢٧٠	كتاب العارية ٢٧٢	كتاب الهبة ٢٧٤	باب الرجوع في الهبة ٢٧٦
فصل ومن وهب جارية إلا حملها ٢٧٦	فصل في الصدقة ٢٧٧	كتاب الإجارات ٢٧٧	باب الأجر متى يستحق ٢٧٨
فصل ومن استأجر رجلا ليذهب إلى البصرة ويجيء بعياله ٢٧٨	باب ما يجوز من الإجارة ٢٧٩	باب الإجارة الفاسدة ٢٨٠	باب ضمان الأجير ٢٨٣
باب الإجارة على أحد الشرطين ٢٨٣	باب إجارة العبد ٢٨٤	باب الاختلاف في الإجارة ٢٨٥	باب فسخ الإجارة ٢٨٥
مسائل منثورة ٢٨٦	كتاب المكاتب ٢٨٦	فصل في الكتابة الفاسدة ٢٨٧	باب من يكاتب عن العبد ٢٨٨

فصل واذا اشترى المكاتب اباه او ابنه ٢٨٩	فصل واذا ولدت المكاتبة من المولى ٢٨٩	باب من يكاتب عن العبد ٢٩٠	باب كتابة العبد المشترك ٢٩١
٢٩٤ باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى	٢٩٢ كتاب الولاء	٢٩٥ فصل في ولاء الموالاة	٢٩٥ كتاب الاكراه
فصل اكره على ان ياكل الميتة ٢٩٦	كتاب الحجر ٢٩٨	باب الحجر للفساد ٢٩٨	فصل في حد البلوغ ٢٩٩
٣٠٠ باب الحجر بسبب الدين	٣٠١ كتاب المأذون	٣٠٢ فصل واذا اذن ولي الصبي للصبي في التجارة	٣٠٢ كتاب الغصب
فصل فيما يتغير بعمل الغاصب ٣٠٦	فصل ومن غصب عينا فغيبها ٣٠٧	فصل في غصب ما لا يتقوم ٣٠٨	كتاب الشفعة ٣١٠
٣١١ باب طلب الشفعة والخصومة فيها	٣١٢ فصل في الاختلاف	٣١٢ فصل فيما يجب فيه الشفعة	٣١٣ فصل واذا بنى المشتري ثم قضي للشفيع
باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب ٣١٤	باب ما يبطل به الشفعة ٣١٦	فصل واذا باع دارا الا مقدار ذراع ٣١٦	مسائل متفرقة ٣١٧
٣١٧ كتاب القسمة	٣١٨ فصل فيما يقسم وما لا يقسم	٣١٨ فصل في كيفية القسمة	٣٢١ باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

فصل وان استحق بعض نصيب احدهم بعينه ٣٢١	فصل في المهايأة ٣٢١	كتاب المزارعة ٣٢٣	كتاب المساقاة ٣٢٥
٣٢٨ كتاب الذبائح	٣٢٩ فصل فيما يحل اكله وما لا يحل	٣٣١ كتاب الاضحية	٣٣٣ كتاب الكراهية
فصل في الاكل والشرب ٣٣٣	فصل في اللبس ٣٣٥	فصل في الوطء والنظر والمس ٣٣٦	فصل في الاستبراء ٣٣٨
٣٣٩ فصل في البيع	٣٤١ مسائل متفرقة	٣٤٢ كتاب احياء الموات	٣٤٥ فصل في الشرب
فصل في كري الانهار ٣٤٥	فصل في الدعوى والاختلاف ٣٤٦	كتاب الاشربة ٣٤٧	فصل في طبخ العصير ٣٥٠
٣٥٠ كتاب الصيد	٣٥٠ فصل في الجوارح	٣٥٢ فصل في الرمي	٣٥٥ كتاب الرهن
باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز ٣٥٧	فصل ومن رهن عبدين بالف ٣٦١	باب الرهن يوضع على يد عدل ٣٦٢	باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره ٣٦٣
٣٦٦ فصل ومن رهن عصيرا بعشرة قيمته عشرة	٣٦٩ كتاب الجنايات	٣٧٠ باب ما يوجب القصاص وما لا يوجب	٣٧٢ فصل فيما دون النفس

الطهارات ١	الصلوة ١٣	الزكوة ٣٨	الصوم ٤٧	الحج ٥٣	النكاح ٧٧
الرضاع ٩٠	الطلاق ٩٢	العتاق ١٢٣	الايمان ١٣٣	الحدود ١٤٢	السرقة ١٥٢
السير ١٥٩	اللقيط ١٧٥	اللقطة ١٧٦	الآبق ١٧٧	المفقود ١٧٨	الشركة ١٧٩
الوقف ١٨٣	البيوع ١٨٧	السلم	الصرف ٢١٢	الكفالة ٢١٥	الحوالة ٢٢٠
ادب القاضي ٢٢٠	الشهادات ٢٢٧	الوكالة ٢٣٦	الدعوى ٢٤٤	الاقرار ٢٥٥	الصلح ٢٦٠
المضاربة ٢٦٥	الوديعة ٢٧٠	العارية ٢٧٢	الهبة ٢٧٤	الاجارة ٢٧٧	المكاتب ٢٨٦
الولاء ٢٩٤	الاكراه ٢٩٦	الحجر ٢٩٨	المأذون ٣٠١	الغصب ٣٠٤	الشفعة ٣١٠
القسمة ٣١٧	المزارعة ٣٢٣	المساقاة ٣٢٥	الذبائح ٣٢٦	الاضحية ٣٣٠	الكراهية ٣٣٤
احياء الموات ٣٤٣	الاشربة ٣٤٧	الصيد ٣٥٠	الرهن ٣٥٥	الجنايات ٣٦٩	الديات ٣٧٨
المعاقل ٣٩٩	الوصايا ٤٠٢	الخنثى ٤١٨	والله تعالى اعلم		

[illegible]

باب القصاص فيما دون النفس	فصل واذا اصطلح القاتل واولياء المقتول على مال	فصل ومن قطع يد رجل خطأ	باب الشهادة في القتل
٣٧٣	٣٧٣	٣٧٥	٣٧٦
٣٧٧	٣٧٨	٣٧٩	٣٨٠
باب في اعتبار حالة القتل	كتاب الديات	فصل فيما دون النفس	فصل في الشجاج
فصل وفي اصابع اليد نصف الدية	فصل في الجنين	باب ما يحدثه الرجل في الطريق	فصل في الحائط المائل
٣٨١	٣٨٣	٣٨٤	٣٨٧
٣٨٧	٣٨٩	٣٩٢	٣٩٤
باب جناية البهيمة والجناية عليها	باب جناية المملوك والجناية عليه	فصل ومن قتل عبدا خطأ	فصل في جناية المدبر وام الولد
باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك	باب القسامة	كتاب الوصايا	باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه
٣٩٤	٣٩٥	٤٠٢	٤٠٢
٤٠٥	٤٠٨	٤٠٨	٤١٠
باب الوصية بثلث المال	فصل في اعتبار حالة الوصية	باب العتق في مرض الموت	فصل ومن اوصى [illegible]
باب الوصية للاقارب وغيرهم	باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة	باب وصية الذمي	باب الوصي وما يملكه
٤١٠	٤١٢	٤١٣	٤١٤
٤١٧	٤١٨	٤١٨	٤١٩
فصل في الشهادة	كتاب الخنثى	فصل في بيانه واحكامه	مسائل شتى

لتاج الدين علي نجم الشهير بالسباك
ابيات في جمعه في ترتيب
كتب الهداية

تطهر وصل وزك وصم وحج وناكح وراضع ولا •
تطلق واعتق ويمن وحد للسارق اقطع وسر مجملا •
ورث اللقيط وان تلتقط وتطفل بن ثابق اردد كلا •
وراع الفقيد وشارك وقف وكمل به الدفتر الاولا •
وبايع وصارف وكفل احل قضاء الشهادات وارجع الى •
وكالة دعوى مقر بصلح وضارب واودع اعر مفضلا •
وهب ثم آجر وكاتب ووال واكره على حجر اذن ولا •
تكن غاصبا ثم كن شافعا وقاسم وزارع وساق الى •
ذبائح اضحية كاره ثم موات شراب وصيدا لفلا •
وللرهن اتبع جنايات مع ودي عاقل اوص مشكلا •
فسبعا وخمسين كتب الهداية ناظمها موجزا كملا •

ورد ٦

التوضي من الحوض افضل من النهر رغما للمعتزلة بناء على مسئلة الجزء الذي لا يتجزى
ترازيه

قيل في حله ان بعض المعتزلة كالنظام لما زاد عدم تناهي الجزء الذي لا يتجزى قالوا اجزاء النجاسة الواقعة في الحوض غير متناهية كاجزاء الماء فانقسم كل الى الكل لا الاجزاء فتنجس الكل وعلماؤنا رحمهم الله تعالى لما زاد تناهي الجزء الذي لا يتجزى لزم ان يبقى بعض اجزاء الحوض طاهر الكل لا تعرف لاجزاء الطاهر من النجسة بالضرورة وهي ازالة الاكثر في الثبوت • حكمنا بطهارة الكل بخلاف العصير والخل فانه يحرز في الاواني الا يرى ان الاسواق لم تخل عن الحكام اعتبر الغلبة كذلك بحكم الفرد انه اعتبر عدم النجاسة •
حنبلي

اعلم ان حديث المغيرة المذكور في الكتاب تمام متنه من رواية المغيرة احدهما ما في من رواية مسلم عنه انه صلى الله عليه وسلم توضأ ومسح بناصيته وعلى الخفين والآخر رواه ابن ماجه عنه انه صلى الله تعالى عليه وسلم اتى سباطة قوم فبال قائما فجمع القدوري رحمه الله تعالى بين مرويي المغيرة ووهم الشيخ علاء الدين اذ جعله وكلا من حديث المغيرة انه صلى الله تعالى عليه وسلم مسح بناصيته وخفيه ومن حديث حذيفة في السباطة والبول قائما وهو يقتضي تخطئة القدوري في نسبة حديث السباطة الى المغيرة وليس كذلك بل قد رواه ايضا المغيرة كما اخرجه ابن ماجه • فتح القدير • لابن الهمام العاجز المفتقر الى الملك الجبير عليه رحمة الله • ١٢

الكتاب هو في الاصل مصدر سمي به المكتوب على التوسيع ثم غلب في العرف العام على جمع من الكلمات المفردة بالتدوين كما غلب في عرف النحويين على كتاب سيبويه • وفي عرف الفقهاء على كتاب مختصر ابي الحسن القدوري وفي عرف الاصوليين على احد اركان الدين وفي عرف المصنفين على طائفة من المسائل اعتبرت مستقلة شملت انواعا كانت او لا كما في كتاب الطهارة • وقدمها على الصلاة لانها شرط صحتها وحق الشرط التقدم على المشروط • من الكافي للنسفي

الهداية على البداية للامام العلامة برهان الدين ابي الحسن علي بن ابي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغيناني شيخ الاسلام اسكنه الله برحمته دار السلام واعاد على المسلمين من بركاته بمحمد واله اجمعين امين

T. C.
MİLLİ KÜTÜPHANE
RAĞIP PAŞA
MÜZE SEVİYE

RAĞIP P.
Ka. N.
595

حسبي الله وحده
من الكتب التي وقفها الفقير الى الله ربه ذي المواهب محمد المدعو بين الصدور براغب
وكفى عبده ١١٧٥

٥٩٠١

الحمد لله الذي أعلى معالم العلم وأعلامه وأظهر شعائر الشرع وأحكامه وبعث رسلا وأنبياء صلوات الله تعالى عليهم أجمعين إلى سبل الحق هادين وأخلفهم علماء إلى سنن سننهم داعين يسلكون فيما لم يؤثر عنهم مسلك الاجتهاد مسترشدين منه في ذلك وهو ولي الإرشاد وخص أوائل المستنبطين بالتوفيق حتى وضعوا مسائل من كل جلي ودقيق غير أن الحوادث متعاقبة الوقوع والنوازل يضيق عنها نطاق الموضوع واقتناص الشوارد بالاقتباس من الموارد والاعتبار بالأمثال من صنعة الرجال وبالوقوف على المآخذ يعض عليها بالنواجذ وقد جرى علي الوعد في مبدأ بداية المبتدي أن أشرحها بتوفيق الله تعالى شرحا أرسمه بكفاية المنتهي فشرعت فيه والوعد يسوغ بعض المساغ وحين أكاد أتكئ عنه اتكاء الفراغ تبينت فيه نبذا من الإطناب وخشيت أن يهجر لأجله الكتاب فصرفت العنان والعناية إلى شرح آخر موسوم بالهداية أجمع فيه بتوفيق الله تعالى بين عيون الرواية ومتون الدراية تاركا للزوائد في كل باب معرضا عن هذا النوع من الإسهاب مع ما أنه يشتمل على أصول ينسحب عليها فصول وأسأل الله تعالى أن يوفقني لإتمامها ويختم لي بالسعادة بعد اختتامها حتى إن من سمت همته إلى مزيد الوقوف يرغب في الأطول والأكبر ومن أعجله الوقت عنه يقتصر على الأقصر والأصغر وللناس فيما يعشقون مذاهب والفن خير كله ثم سألني بعض إخواني أن أملي عليهم المجموع الثاني فافتتحته مستعينا بالله تعالى في تحرير ما أقاوله متضرعا إليه في التيسير لما أحاوله إنه الميسر لكل عسير وهو على ما يشاء قدير وبالإجابة جدير

كتاب الطهارات

قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم الآية ففرض الطهارة غسل الأعضاء الثلاثة ومسح الرأس بهذا النص والغسل هو الإسالة والمسح هو الإصابة وحد الوجه من قصاص الشعر إلى أسفل الذقن وإلى شحمتي الأذنين

لأن المواجهة تقع بهذه الجملة وهو مشتق منها والمرفقان والكعبان يدخلان في الغسل عندنا خلافا لزفر هو يقول إن الغاية لا تدخل تحت المغيا كالليل في الصوم ولنا أن هذه الغاية لإسقاط ما وراءها إذ لولاها لاستوعبت الوظيفة الكل وفي باب الصوم لمد الحكم إليها إذ الاسم يطلق على الإمساك ساعة والكعب هو العظم الناتئ هو الصحيح ومنه الكاعب والمفروض في مسح الرأس مقدار الناصية وهو ربع الرأس لما روى المغيرة بن شعبة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى سباطة قوم فبال وتوضأ ومسح على ناصيته وخفيه والكتاب مجمل فالتحق بيانا به وهو حجة على الشافعي في التقدير بثلاث شعرات وعلى مالك في اشتراط الاستيعاب وفي بعض الروايات قدره بعض أصحابنا بثلاثة أصابع من أصابع اليد لأنه أكثر ما هو الأصل في آلة المسح قال وسنن الطهارة غسل اليدين قبل إدخالهما الإناء إذا استيقظ المتوضئ من نومه لقوله عليه الصلاة والسلام إذا استيقظ أحدكم من منامه فلا يغمسن يده في الإناء حتى يغسلها ثلاثا فإنه لا يدري أين باتت يده ولأن اليد آلة التطهير فتسن البداءة بتنظيفها وهذا الغسل إلى الرسغ لوقوع الكفاية به في التنظيف وتسمية الله تعالى في ابتداء الوضوء لقوله عليه الصلاة والسلام لا وضوء لمن لم يسم الله والمراد نفي الفضيلة والأصح أنها مستحبة وإن سماها في الكتاب سنة ويسمي قبل الاستنجاء وبعده هو الصحيح والسواك لأنه عليه الصلاة والسلام كان يواظب عليه وعند فقده يعالج بالأصبع لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يفعل كذلك والأصح أنه مستحب والمضمضة والاستنشاق لأنه عليه الصلاة والسلام فعلهما على المواظبة وكيفيته أن يمضمض ثلاثا يأخذ لكل مرة ماء جديدا ثم يستنشق كذلك هو المحكي عن وضوئه عليه الصلاة والسلام ومسح الأذنين وهو سنة بماء الرأس عندنا خلافا للشافعي لقوله عليه الصلاة والسلام الأذنان من الرأس والمراد بيان الحكم دون الخلقة وتخليل اللحية لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمره جبريل عليه السلام بذلك وقيل هو سنة عند أبي يوسف جائز عند أبي حنيفة ومحمد لأن السنة إكمال الفرض في محله والداخل ليس بمحل له وتخليل الأصابع لقوله عليه الصلاة والسلام خللوا أصابعكم كي لا تتخللها نار جهنم ولأنه إكمال الفرض في محله وتكرار الغسل إلى الثلاث لأن النبي صلى الله عليه وسلم توضأ مرة مرة وقال هذا وضوء لا يقبل الله الصلاة إلا به وتوضأ مرتين مرتين وقال هذا وضوء من يضاعف الله له الأجر

مرتين وتوضأ ثلاثا ثلاثا وقال هذا وضوئي ووضوء الانبياء من قبلي فمن زاد على
هذا او نقص فقد تعدى وظلم والوعيد لعدم رؤيته سنة ويستحب للمتوضي ان
ينوي الطهارة فالنية في الوضوء سنة عندنا وعند الشافعي فرض لانه عبادة
فلا يصح بدون النية كالتيمم ولنا انه لا يقع قربة الا بالنية ولكنه يقع مفتاحا
للصلوة لوقوعه طهارة باستعمال المطهر بخلاف التيمم لان التراب غير مطهر الا
في حالة ارادة الصلوة او هو ينبئ عن القصد ويستوعب راسه بالمسح وهو سنة
وقال الشافعي السنة التثليث بمياه مختلفة اعتبارا بالمغسول ولنا ان انسا رضي الله عنه
توضأ ثلاثا ثلاثا ومسح براسه مرة واحدة وقال هذا وضوء رسول الله صلى الله تعالى
عليه وسلم والذي يروى من التثليث محمول عليه بماء واحد وهو مشروع على ما روى
عن ابي حنيفة ولان المفروض هو المسح وبالتكرار يصير غسلا فلا يكون مسنونا
فصار كمسح الخف بخلاف الغسل لانه لا يضره التكرار ويرتب الوضوء فيبدأ بما
بدأ الله تعالى بذكره وبالميامن فالترتيب في الوضوء سنة عندنا وقال الشافعي
فرض لقوله تعالى فاغسلوا وجوهكم الاية والفاء للتعقيب ولنا ان المذكور فيها
حرف الواو وهي لمطلق الجمع باجماع اهل اللغة فيقتضي اعقاب غسل جملة الاعضاء
والبداية بالميامن فضيلة لقوله عليه الصلوة والسلام ان الله يحب التيامن في كل شيء

فصل في نواقض الوضوء المعاني الناقضة للوضوء كل ما خرج من السبيلين لقوله تعالى
او جاء احد منكم من الغائط وقيل لرسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم ما الحدث قال
ما يخرج من السبيلين وكلمة ما عامة تتناول المعتاد وغيره والدم والقيح والصديد
اذا خرج من البدن فتجاوز الى موضع يلحقه حكم التطهير والقيء اذا ملأ الفم وقال
الشافعي الخارج من غير السبيلين لا ينقض الوضوء لما روي ان النبي صلى الله تعالى عليه وسلم
قاء فلم يتوضأ ولان غسل غير موضع النجاسة امر تعبدي فيقتصر على مورد الشرع
وهو المخرج المعتاد ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الوضوء من كل دم سائل وقوله
عليه الصلوة والسلام من قاء او رعف في صلوته فلينصرف وليتوضأ وليبن على
صلوته ما لم يتكلم ولان خروج النجاسة مؤثر في زوال الطهارة وهذا القدر
في الاصل معقول والاقتصار على الاعضاء الاربعة غير معقول لكنه يتعدى
ضرورة تعدي الاول غير ان الخروج يتحقق بالسيلان الى موضع يلحقه حكم التطهير
وبملء الفم في القيء لان بزوال القشرة تظهر النجاسة في محلها فتكون بادية

لا خارجة

لا خارجة بخلاف السبيلين لان ذلك الموضع ليس بموضع النجاسة فيستدل بالظهور
على الانتقال والخروج وملء الفم ان يكون بحال لا يمكن ضبطه الا بتكلف لانه
يخرج ظاهرا فاعتبر خارجا وقال زفر قليل القيء وكثيره سواء وكذا لا يشترط
السيلان اعتبارا بالمخرج المعتاد ولاطلاق قوله عليه الصلاة والسلام القلس حدث
ولنا قوله عليه الصلوة والسلام ليس في القطرة والقطرتين من الدم وضوء
الا ان يكون سائلا وقول علي كرم الله تعالى وجهه حين عد الاحداث جملة او
دسعة تملأ الفم واذا تعارضت الاخبار يحمل ما رواه الشافعي على القليل
وما رواه زفر على الكثير والفرق بين المسلكين ما قدمناه ولو قاء متفرقا بحيث
لو جمع ملأ الفم فعند ابي يوسف يعتبر اتحاد المجلس وعند محمد يعتبر اتحاد السبب
وهو الغثيان ثم ما لا يكون حدثا لا يكون نجسا يروى ذلك عن ابي يوسف
وهو الصحيح لانه ليس بنجس حكما حيث لم ينتقض به الطهارة وهذا اذا قاء مرة
او ماء او طعاما فان قاء بلغما فغير ناقض وان ملأ الفم عند ابي حنيفة ومحمد
وعند ابي يوسف ناقض اذا ملأ الفم والخلاف في المرتقي من الجوف اما النازل
من الراس فغير ناقض بالاتفاق لان الراس ليس بموضع النجاسة لابي يوسف
انه نجس بالمجاورة ولهما انه لزج لا تتخلله النجاسة وما يتصل به قليل والقليل
في القيء غير ناقض ولو قاء دما وهو علق يعتبر فيه ملء الفم لانه سوداء
محترقة وان كان مائعا فكذلك عند محمد اعتبارا بسائر انواعه وعندهما ان سال
بقوة نفسه ينقض الوضوء وان كان قليلا لان المعدة ليست بموضع الدم فيكون
من قرحة في الجوف ولو نزل من الراس الى ما لان من الانف نقض بالاتفاق لوصوله
الى موضع يلحقه حكم التطهير فيتحقق الخروج والنوم مضطجعا او متكئا او مستندا الى شيء
لو ازيل لسقط لان الاضطجاع سبب لاسترخاء المفاصل فلا يعرى عن خروج شيء
عادة والثابت عادة كالمتيقن به والاتكاء يزيل مسكة اليقظة لزوال
المقعد عن الارض ويبلغ الاسترخاء غايته بهذا النوع من الاستناد غير ان
السند يمنعه عن السقوط بخلاف حالة القيام والقعود والركوع والسجود
في الصلوة وغيرها هو الصحيح لان بعض الاستمساك باق اذ لو زال لسقط فلم يتم الاسترخاء
والاصل فيه قوله عليه الصلوة والسلام لا وضوء على من نام قائما او قاعدا او راكعا
او ساجدا انما الوضوء على من نام مضطجعا فانه اذا نام مضطجعا استرخت مفاصله

والغلبة على العقل بالاغماء والجنون لانه فوق النوم مضطجعا في الاسترخاء والاغماء
حدث في الاحوال كلها وهو القياس في النوم الا انا عرفناه بالنص والاغماء فوقه
فلا يقاس عليه والقهقهة في كل صلوة ذات ركوع وسجود والقياس انها لا تنقض
وهو قول الشافعي لانها ليست بخارج نجس ولهذا لم يكن حدثا في صلوة الجنازة و
سجدة التلاوة وخارج الصلوة ولنا قوله عليه الصلوة والسلام الا من ضحك
منكم قهقهة فليعد الوضوء والصلوة جميعا وبمثله يترك القياس والاثر ورد
في صلوة مطلقة فيقتصر عليها والقهقهة ما يكون مسموعا له ولجيرانه والضحك
ما يكون مسموعا له دون جيرانه وهو على ما قيل يفسد الصلوة دون الوضوء
والدابة تخرج من الدبر ناقض فان خرجت من رأس الجرح او سقط اللحم لم تنقض
والمراد بالدابة الدودة وهذا لان النجس ما عليها وذلك قليل وهو حدث في السبيلين
دون غيرهما فاشبه الجشاء والفساء بخلاف الريح الخارجة من قبل المرأة وذكر
الرجل لانها لا تنبعث عن محل النجاسة حتى لو كانت مفضاة يستحب لها الوضوء
لاحتمال خروجها من الدبر فان قشرت نفطة فسال منها ماء او صديد او غيره
ان سال عن رأس الجرح نقض وان لم يسل لم ينقض وقال زفر ينقض في الوجهين
وقال الشافعي لا ينقض في الوجهين وهي مسئلة الخارج من غير السبيلين وهذه
الجملة نجسة لان الدم ينضج فيصير قيحا ثم يزداد نضجا فيصير صديدا ثم يصير
ماء هذا اذا قشرها فخرج بنفسه اما اذا عصرها فخرج بعصره لا ينقض لانه
مخرج وليس بخارج

فصل في الغسل

وفرض الغسل المضمضة والاستنشاق
وغسل سائر البدن وعند الشافعي هما سنتان فيه لقوله عليه الصلوة والسلام عشر
من الفطرة اي من السنة وذكر منها المضمضة والاستنشاق ولهذا كانا سنتين
في الوضوء ولنا قوله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا وهو امر بتطهير جميع البدن
الا ان ما يتعذر ايصال الماء اليه خارج عن النص بخلاف الوضوء لان الواجب
فيه غسل الوجه والمواجهة فيهما منعدمة والمراد بما روي حالة الحدث بدليل قوله
عليه الصلوة والسلام انهما فرضان في الجنابة سنتان في الوضوء وسنته ان
يبدأ المغتسل فيغسل يديه وفرجه ويزيل النجاسة ان كانت على بدنه ثم يتوضأ
وضوءه للصلوة الا رجليه ثم يفيض الماء على رأسه وسائر جسده ثلاثا
ثم يتنحى عن ذلك المكان فيغسل رجليه هكذا حكت ميمونة رضي الله تعالى عنها

غسل النبي صلى الله تعالى عليه وسلم وانما يؤخر غسل رجليه لانهما في مستنقع الماء
المستعمل فلا يفيد الغسل حتى لو كان على لوح لا يؤخر وانما يبدأ بازالة النجاسة
الحقيقية كيلا تزداد باصابة الماء قال وليس على المرأة ان تنقض ضفائرها
في الغسل اذا بلغ الماء اصول الشعر لقوله عليه الصلوة والسلام لام سلمة رضي الله عنها
يكفيك اذا بلغ الماء اصول شعرك وليس عليها بل ذوائبها هو الصحيح بخلاف اللحية
لانه لا حرج في ايصال الماء الى اثنائها قال والمعاني الموجبة للغسل انزال
المني على وجه الدفق والشهوة من الرجل والمرأة حالة النوم واليقظة وعند
الشافعي خروج المني كيف ما كان يوجب الغسل لقوله عليه الصلوة والسلام الماء من الماء
اي الغسل من المني ولنا ان الامر بالتطهير يتناول الجنب والجنابة في اللغة
عبارة عن خروج المني على وجه الشهوة يقال اجنب الرجل اذا قضى شهوته من المرأة
والحديث محمول على خروج المني عن شهوة ثم المعتبر عند ابي حنيفة ومحمد انفصاله
عن مكانه بشهوة وعند ابي يوسف ظهوره ايضا اعتبارا للخروج بالمزايلة اذ الغسل
يتعلق بهما ولهما انه متى وجب من وجه فالاحتياط في الايجاب قال
والتقاء الختانين من غير انزال لقوله عليه الصلوة والسلام اذا التقى الختانان وغابت
الحشفة وجب الغسل انزل او لم ينزل ولانه سبب للانزال ونفسه يتغيب عن بصره
وقد يخفى عليه لقلته فيقام مقامه وكذا الايلاج في الدبر لكمال السببية ويجب
على المفعول به احتياطا بخلاف البهيمة وما دون الفرج لان السببية ناقصة
والحيض لقوله تعالى حتى يطهرن بتشديد الطاء وكذا النفاس بالاجماع
قال وسن رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم الغسل للجمعة والعيدين وعرفة و
الاحرام نص على السنة وقيل هذه الاربعة مستحبة وسمى محمد الغسل في يوم الجمعة
حسنا في الاصل وقال مالك هو واجب لقوله عليه الصلوة والسلام من اتى الجمعة
فليغتسل ولنا قوله عليه الصلوة والسلام من توضأ يوم الجمعة فبها ونعمت ومن اغتسل
فهو افضل فبهذا يحمل ما رواه على الاستحباب او على النسخ ثم هذا الغسل للصلوة
عند ابي يوسف وهو الصحيح لزيادة فضيلتها على الوقت واختصاص الطهارة بها
وفيه خلاف الحسن والعيدان بمنزلة الجمعة لان فيهما الاجتماع فيستحب الاغتسال
دفعا للتأذي بالرائحة واما في عرفة والاحرام فسنبينه ان شاء الله تعالى في المناسك
قال وليس في المذي والودي غسل وفيهما الوضوء لقوله عليه الصلوة والسلام

كل فحل يمذي وفيه الوضوء والودي الغليظ من البول يتعقب الرقيق منه
خروجا فيكون معتبرا به والمني خاثر ابيض ينكسر منه الذكر والمذي رقيق يضرب
الى البياض يخرج عند ملاعبة الرجل اهله والتفسير مأثور عن عائشة رضي الله عنها

باب الماء الذي يجوز به الوضوء

الطهارة من الاحداث جائزة بماء السماء والاودية
والعيون والآبار والبحار لقوله تعالى وانزلنا من السماء ماء طهورا ولقوله عليه السلام
خلق الماء طهورا لا ينجسه شيء الا ما غير لونه او طعمه او ريحه ومطلق الاسم ينطلق
على هذه المياه قال ولا يجوز بما اعتصر من الشجر والثمر لانه ليس بماء مطلق والحكم عند
فقده منقول الى التيمم والوظيفة في هذه الاعضاء تعبدية فلا تتعدى الى غير المنصوص
عليه اما الماء الذي يقطر من الكرم يجوز التوضي به لانه ماء خرج من غير علاج ذكره
في جوامع ابي يوسف وفي الكتاب اشارة اليه حيث شرط الاعتصار قال ولا يجوز بماء
غلب عليه غيره فاخرجه عن طبع الماء كالاشربة والخل وماء الورد وماء الباقلي
والمرق وماء الزردج لانه لا يسمى ماء مطلقا والمراد بماء الباقلي ما تغير بالطبخ
وان تغير بدون الطبخ يجوز به التوضي قال ويجوز الطهارة بماء خالطه شيء طاهر
فغير احد اوصافه كماء المد والماء الذي اختلط به اللبن او الزعفران او الصابون
او الاشنان قال رضي الله تعالى عنه اجرى في المختصر ماء الزردج مجرى المرق والمروي
عن ابي يوسف انه بمنزلة ماء الزعفران وهو الصحيح كذا اختاره الناطفي والامام السرخسي
وقال الشافعي لا يجوز التوضي بماء الزعفران واشباهه مما ليس من جنس الارض لانه
ماء مقيد الا يرى انه يقال ماء الزعفران بخلاف اجزاء الارض لان الماء لا يخلو عنها
عادة ولنا ان اسم الماء باق على الاطلاق الا يرى انه لم يتجدد له اسم على حدة واضافته
الى الزعفران كاضافته الى البئر والعين ولان الخلط القليل لا معتبر به لعدم امكان
الاحتراز عنه كما في اجزاء الارض فيعتبر الغالب والغلبة بالاجزاء لا بتغير اللون هو
الصحيح وان تغير بالطبخ بعد ما خلط به غيره لا يجوز التوضي به لانه لم يبق في معنى المنزل
من السماء اذ النار غيرته الا اذا طبخ فيه ما يقصد به المبالغة في النظافة كالاشنان
ونحوه لان الميت يغسل بالماء الذي اغلي بالسدر بذلك وردت السنة الا ان يغلب
ذلك على الماء فيصير كالسويق المخلوط لزوال اسم الماء عنه قال وكل ماء وقعت
فيه النجاسة لم يجز الوضوء به قليلا كان او كثيرا وقال مالك يجوز ما لم يتغير احد
اوصافه لما روينا وقال الشافعي يجوز ان كان الماء قلتين لقوله عليه الصلوة والسلام

اذا بلغ الماء قلتين لم يحمل خبثا ولنا حديث المستيقظ من منامه وقوله عليه الصلوة والسلام
لا يبولن احدكم في الماء الدائم ولا يغتسلن فيه من الجنابة من غير فصل والذي رواه
مالك ورد في بئر بضاعة وماؤها كان جاريا في البساتين وما رواه الشافعي ضعفه
ابو داود وهو يضعف عن احتمال النجاسة قال والماء الجاري اذا وقعت فيه نجاسة
جاز الوضوء به اذا لم ير لها اثر لانها لا تستقر مع جريان الماء والاثر هو الطعم
او الرائحة او اللون والجاري ما لا يتكرر استعماله وقيل ما يذهب بتبنة قال والغدير
العظيم الذي لا يتحرك احد طرفيه بتحريك الطرف الآخر اذا وقعت نجاسة في احد جانبيه
جاز الوضوء من الجانب الآخر لان الظاهر ان النجاسة لا تصل اليه اذ اثر التحريك في
السراية فوق اثر النجاسة ثم عن ابي حنيفة انه يعتبر التحريك بالاغتسال وهو قول
ابي يوسف وعنه التحريك باليد وعن محمد بالتوضي وجه الاول ان الحاجة اليه في الحياض
اشد منها الى التوضي وبعضهم قدروا ذلك بالمساحة عشرا في عشر بذراع الكرباس
توسعة للامر على الناس وعليه الفتوى والمعتبر في العمق ان يكون بحال لا ينحسر بالاغتراف
هو الصحيح وقوله في الكتاب جاز الوضوء من الجانب الآخر اشارة الى انه ينجس موضع
الوقوع وعن ابي يوسف انه لا ينجس الا بظهور النجاسة فيه كالماء الجاري قال
وموت ما ليس له نفس سائلة في الماء لا ينجسه كالبق والذباب والزنابير والعقرب
ونحوها وقال الشافعي يفسده لان التحريم لا بطريق الكرامة آية النجاسة بخلاف
دود الخل وسوس الثمار لان فيه ضرورة ولنا قوله عليه الصلوة والسلام فيه هذا
هو الحلال اكله وشربه والوضوء منه ولان المنجس اختلاط الدم المسفوح باجزائه
عند الموت حتى حل المذكى لانعدام الدم فيه ولا دم فيها والحرمة ليست من ضرورتها
النجاسة كالطين قال وموت ما يعيش في الماء فيه لا يفسده كالسمك والضفدع
والسرطان وقال الشافعي يفسده الا السمك لما مر ولنا انه مات في معدنه فلا يعطى له
حكم النجاسة كبيضة حال محها دما ولانه لا دم فيها اذ الدموي لا يسكن في الماء
والدم هو المنجس وفي غير الماء قيل غير السمك يفسده لانعدام المعدن وقيل لا يفسده
لعدم الدم وهو الصحيح والضفدع البري والبحري سواء وقيل البري مفسد
لوجود الدم وعدم المعدن وما يعيش في الماء ما يكون توالده ومثواه في الماء
ومائي المعاش دون مائي المولد مفسد قال الماء المستعمل لا يطهر الاحداث
خلافا لمالك والشافعي هما يقولان ان الطهور ما يطهر غيره مرة بعد اخرى كالقطوع

وقال زفر وهو احد قولي الشافعي ان كان المستعمل متوضيا فهو طهور وان كان محدثا
فهو طاهر غير طهور لان العضو طاهر حقيقة وباعتباره يكون الماء طاهرا و
طهورا لكنه نجس حكما وباعتباره يكون الماء نجسا فقلنا بانتفاء الطهورية وبقاء
الطهارة عملا بالشبهين وقال محمد وهو رواية عن ابي حنيفة هو طاهر غير طهور
لان ملاقاة الطاهر الطاهر لا توجب التنجس الا انه اقيمت به قربة فتغيرت صفته
كمال الصدقة وقال ابو حنيفة وابو يوسف هو نجس لقوله عليه الصلوة والسلام لا يبولن
احدكم في الماء الدائم ولا يغتسلن فيه من الجنابة الحديث ولانه ماء ازيلت به النجاسة
الحكمية فاعتبر بماء ازيلت به النجاسة الحقيقية ثم في رواية الحسن عن ابي حنيفة نجاسة
غليظة اعتبارا بالمستعمل في الحقيقية وفي رواية ابي يوسف عنه وهو قوله خفيفة
لمكان الاختلاف قال والماء المستعمل هو ماء ازيل به حدث او استعمل في البدن على وجه
القربة قال رضي الله عنه وهذا قول ابي يوسف وقيل هو قول ابي حنيفة ايضا وقال
محمد لا يصير مستعملا الا باقامة القربة لان الاستعمال بانتقال نجاسة الاثام اليه
وانها تزال بالقرب وابو يوسف يقول اسقاط الفرض مؤثر ايضا فيثبت الفساد
بالامرين ومتى يصير مستعملا الصحيح انه كما زال عن العضو صار مستعملا لان سقوط حكم
الاستعمال قبل الانفصال للضرورة ولا ضرورة بعده قال والجنب اذا انغمس في
البئر لطلب الدلو فعند ابي يوسف الرجل بحاله لعدم الصب وهو شرط عنده لاسقاط
الفرض والماء بحاله لعدم الامرين وعند محمد كلاهما طاهران الرجل لعدم اشتراط
الصب والماء لعدم نية التقرب وعند ابي حنيفة كلاهما نجسان الماء لاسقاط
الفرض عن البعض باول الملاقاة والرجل لبقاء الحدث في بقية الاعضاء وقيل
عنده نجاسة الرجل بنجاسة الماء المستعمل وعنه ان الرجل طاهر لان الماء لا يعطى له
حكم الاستعمال قبل الانفصال وهو اوفق الروايات عنه قال وكل اهاب دبغ فقد طهر
وجازت الصلوة فيه والوضوء منه الا جلد الخنزير والادمي لقوله عليه الصلوة والسلام
ايما اهاب دبغ فقد طهر وهو بعمومه حجة على مالك في جلد الميتة ولا يعارض
بالنهي الوارد عن الانتفاع من الميتة باهاب لانه اسم لغير المدبوغ وحجة على الشافعي
في جلد الكلب وليس الكلب بنجس العين الا يرى انه ينتفع به حراسة واصطيادا
بخلاف الخنزير لانه نجس العين اذ الهاء في قوله تعالى فانه رجس منصرف اليه لقربه
وحرمة الانتفاع باجزاء الادمي لكرامته فخرجا عما رويناه ثم ما يمنع النتن والفساد

فهو

فهو دباغ وان كان تشميسا او تتريبا لان المقصود يحصل به فلا معنى لاشتراط غيره
وما يطهر جلده بالدباغ يطهر بالذكوة لانه يعمل عمل الدباغ في ازالة الرطوبات النجسة
وكذا يطهر لحمه وان لم يكن ماكولا قال وشعر الميتة وعظمها طاهر وقال الشافعي نجس
لانه من اجزاء الميتة ولنا انه لا حيوة فيه ولهذا لا يتالم بقطعه فلا يحله الموت
اذ الموت زوال الحيوة قال وشعر الانسان وعظمه طاهر وقال الشافعي نجس لانه لا ينتفع به
فلا يجوز بيعه ولنا ان حرمة الانتفاع لكرامته فلا يدل على نجاسته

فصل في البئر

واذا وقعت في البئر نجاسة نزحت وكان نزح ما فيها من الماء طهارة لها
باجماع السلف ومسائل البئر مبنية على اتباع الاثار دون القياس فان وقعت
فيها بعرة او بعرتان من بعر الابل او الغنم لم تفسد الماء استحسانا والقياس ان تفسد لوقوع
النجاسة في الماء القليل وجه الاستحسان ان الابار التي في الفلوات ليست لها رؤس
حاجزة والمواشي تبعر حولها وتلقيها الريح فيها فجعل القليل عفوا للضرورة ولا
ضرورة في الكثير وهو ما يستكثره الناظر في المروي عن ابي حنيفة وعليه الاعتماد
ولا فرق بين الرطب واليابس والصحيح والمنكسر والروث والخثي والبعر لان الضرورة
تشمل الكل وفي الشاة تبعر في المحلب بعرة او بعرتين قالوا ترمى البعرة ويشرب اللبن
لمكان الضرورة ولا يعفى القليل في الاناء على ما قيل لعدم الضرورة وعن ابي حنيفة
انه كالبئر في حق البعرة والبعرتين وان وقع فيها خرء الحمام او العصفور لا تفسده
خلافا للشافعي له انه استحال الى نتن وفساد فاشبه خرء الدجاج ولنا اجماع
المسلمين على اقتناء الحمامات في المساجد مع ورود الامر بتطهيرها واستحالته لا
الى نتن رائحة فاشبه الحماة قال فان بالت فيها شاة نزح الماء كله عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد لا ينزح الا اذا غلب على الماء فيخرج من ان يكون طهورا و
اصله ان بول ما يؤكل لحمه طاهر عنده نجس عندهما له ان النبي عليه الصلوة والسلام
امر العرنيين بشرب ابوال الابل والبانها ولهما قوله صلى الله عليه وسلم استنزهوا من البول
فان عامة عذاب القبر منه ولانه يستحيل الى نتن وفساد فصار كبول ما لا يؤكل لحمه
وتاويل ما روي انه عرف شفاءهم فيه وحيا ثم عند ابي حنيفة لا يحل شربه للتداوي
لانه لا يتيقن بالشفاء فيه فلا يعرض عن الحرمة وعند ابي يوسف يحل للقصة وعند
محمد يحل للتداوي وغيره لطهارته عنده قال وان ماتت فيها فارة او عصفورة او
صعوة او سودانية او سام ابرص نزح منها عشرون دلوا الى ثلثين بحسب كبر الدلو

وصغرها

وكره يعني بعد اخراج الفارة لحديث انس رضي الله عنه انه قال في الفارة ماتت
في البئر واخرجت من ساعتها ينزح منها عشرون دلوا او العصفورة ونحوها تعادل
الفارة في الجثة فاخذت حكمها والعشرون بطريق الايجاب والثلثون بطريق الاستحباب
قال فان ماتت فيها حمامة او نحوها كالدجاجة والسنور نزح منها ما بين اربعين
الى ستين وفي الجامع الصغير اربعون او خمسون وهو الاظهر لحديث ابي سعيد الخدري
رضي الله تعالى عنه انه قال في الدجاجة اذا ماتت في البئر ينزح منها اربعون دلوا
او خمسين هذا البيان للايجاب والخمسون بطريق الاستحباب قال وان ماتت فيها شاة
او آدمي او كلب نزح جميع ما فيها لان ابن عباس وابن الزبير رضي الله تعالى عنهما
افتيا بنزح الماء كله حين مات زنجي في بئر زمزم ثم المعتبر في كل بئر دلوها التي
يستقى بها منها وقيل دلو يسع فيها صاع قال ولو نزح منها بدلو عظيم مرة مقدار
عشرين دلوا جاز لحصول المقصود وان انتفخ الحيوان او تفسخ نزح جميع ما فيها صغر
الحيوان او كبر لانتشار البلة في اجزاء الماء وان كانت البئر معينة لا يمكن نزحها
اخرجوا مقدار ما كان فيها وطريق معرفته ان تحفر حفيرة مثل موضع الماء من البئر
ويصب فيها ما ينزح منها الى ان تمتلئ او ترسل فيها قصبة وتجعل لمبلغ الماء علامة
ثم ينزح منها عشر دلاء مثلا ثم تعاد القصبة فينظر كم انتقص فينزح لكل قدر منها
عشر دلاء وهذان عن ابي يوسف وعن محمد نزح مائتا دلو الى ثلثمائة دلو فكانه بنى جوابه
على ما شاهد في بلده وعن ابي حنيفة في الجامع الصغير في مثله انه ينزح حتى يغلبهم
الماء ولم يقدر الغلبة بشيء كما هو دابه وقيل يؤخذ بقول رجلين لهما بصارة في امر
الماء وهذا اشبه بالفقه قال وان وجدت في البئر فارة او غيرها ولا يدرى متى وقعت
ولم تنتفخ ولم تتفسخ اعادوا صلوة يوم وليلة اذا كانوا توضأوا منها وغسلوا كل شيء اصابه
ماؤها وان كانت قد انتفخت او تفسخت اعادوا صلوة ثلثة ايام ولياليها وهذا عند ابي حنيفة
وقالا ليس عليهم اعادة شيء حتى يتحققوا متى وقعت لان اليقين لا يزول بالشك وصار
كمن رأى في ثوبه نجاسة لا يدري متى اصابته ولابي حنيفة ان للموت سببا ظاهرا وهو
الوقوع في الماء فيحال به عليه الا ان الانتفاخ دليل التقادم فيقدر بالثلث وعدم
الانتفاخ والتفسخ دليل قرب العهد فقدرنا بيوم وليلة لان ما دون ذلك ساعات
لا يمكن ضبطها واما مسألة النجاسة فقد قال المعلى هي على الخلاف فيقدر في البالي
بالثلث وبيوم وليلة في الطري ولو سلم فالثوب بمرأى عينه والبئر غائبة عن بصره

فيفترقان

فصل في الاسآر وغيرها

وعرق كل شيء معتبر بسؤره لانهما يتولدان من
لحمه فاخذ احدهما حكم صاحبه وسؤر الآدمي وما يؤكل لحمه طاهر لان المختلط به اللعاب
ولعابه طاهر لتولده من لحم طاهر ويدخل في هذا الجواب الجنب والحائض والكافر
وسؤر الكلب نجس ويغسل الاناء من ولوغه ثلثا لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم يغسل الاناء
من ولوغ الكلب ثلثا ولسانه يلاقي الماء دون الاناء فلما تنجس الاناء فالماء اولى وهذا
يفيد النجاسة والعدد في الغسل وهو حجة على الشافعي في اشتراط السبع ولانه ما يصيبه بوله
يطهر بالثلاث فما يصيبه سؤره وهو دونه اولى والامر الوارد بالسبع محمول على ابتداء الاسلام
وسؤر الخنزير نجس لانه نجس العين على ما مر وسؤر سباع البهائم نجس خلافا للشافعي فيما سوى
الكلب والخنزير لان لحمها نجس ومنه يتولد اللعاب وهو المعتبر في الباب وسؤر الهرة طاهر
مكروه وعن ابي يوسف انه غير مكروه لانه عليه الصلوة والسلام كان يصغي لها الاناء فتشرب
منه ثم يتوضأ به ولهما قوله صلى الله تعالى عليه وسلم الهرة سبع والمراد به بيان الحكم فيقتضي الا
انه سقطت النجاسة لعلة الطوف فبقيت الكراهة وما رواه محمول على ما قبل التحريم
ثم قيل الكراهة لحرمة اللحم وقيل لعدم تحاميها النجاسة وهذا يشير الى التنزه والاول
الى القرب من التحريم ولو اكلت فارة ثم شربت على فورها الماء تنجس الا اذا مكثت ساعة
لغسلها فمها بلعابها والاستثناء على مذهب ابي حنيفة وابي يوسف ويسقط اعتبار الصب
للضرورة وسؤر الدجاجة المخلاة مكروه لانها تخالط النجاسة ولو كانت محبوسة
بحيث لا يصل منقارها الى ما تحت قدميها لا يكره لوقوع الامن عن المخالطة وكذا
سؤر سباع الطير لانها تاكل الميتات فاشبهت المخلاة وعن ابي يوسف انها اذا كانت
محبوسة يعلم صاحبها انه لا قذر على منقارها لا يكره واستحسن المشايخ هذه الرواية
وسؤر ما يسكن في البيوت كالحية والفارة مكروه لان حرمة اللحم اوجبت نجاسة السؤر
الا انه سقطت النجاسة لعلة الطوف فبقيت الكراهة والتنبيه على العلة في الهرة وسؤر
الحمار والبغل فيه مشكوك وقيل الشك في طهارته لانه لو كان طاهرا لكان طهورا
ما لم يغلب اللعاب على الماء وقيل الشك في طهوريته لانه لو وجد الماء لا يجب عليه
غسل رأسه وكذا لبنه طاهر وان حرم وعرقه لا يمنع جواز الصلوة وان فحش فكذا
سؤره وهو الاصح ويروى نص محمد على طهارته وسبب الشك تعارض الادلة
في اباحته وحرمته او اختلاف الصحابة رضي الله تعالى عنهم في نجاسته وطهارته وعن ابي حنيفة
انه نجس ترجيحا للحرمة والنجاسة والبغل من نسل الحمار فيكون بمنزلته فان لم يجد غيرهما

يتوضأ بها ويتيمم ويجوز أيهما قدم وقال زفر لا يجوز إلا أن يقدم الوضوء لأنه ماء
واجب الاستعمال فأشبه الماء المطلق ولنا أن المطهر أحدهما فيفيد الجمع دون الترتيب
وسؤر الفرس طاهر عندهما لأن لحمه مأكول وكذا عنده في الصحيح لأن الكراهة لإظهار
شرفه فإن لم يجد إلا نبيذ التمر قال أبو حنيفة يتوضأ به ولا يتيمم لحديث ليلة الجن فإن
النبي صلى الله تعالى عليه وسلم توضأ به حين لم يجد الماء وقال أبو يوسف يتيمم ولا يتوضأ به
وهو رواية عن أبي حنيفة وبه قال الشافعي عملا بآية التيمم لأنها أقوى أو هو منسوخ بها
لأنها مدنية وليلة الجن كانت مكية وقال محمد يتوضأ به ويتيمم لأن في الحديث اضطرابا
وفي التاريخ جهالة فوجب الجمع احتياطا قلنا ليلة الجن كانت غير واحدة فلا يصح
دعوى النسخ والحديث مشهور عملت به الصحابة رضي الله تعالى عنهم وبمثله يزاد على الكتاب
وأما الاغتسال به فقد قيل يجوز عنده اعتبارا بالوضوء وقيل لا يجوز لأنه فوقه والنبيذ
المختلف فيه أن يكون حلوا رقيقا يسيل على الأعضاء كالماء وما اشتد منه صار حراما
لا يجوز التوضي به وإن غيرته النار فما دام حلوا فهو على هذا الخلاف وإن اشتد فعند
أبي حنيفة يجوز التوضي به لأنه يحل شربه وعند محمد لا يتوضأ به لحرمة شربه عنده
ولا يجوز التوضي بما سواه من الأنبذة جريا على قضية القياس

باب التيمم

ومن لم يجد ماء وهو مسافر أو خارج المصر بينه وبين المصر ميل أو أكثر يتيمم بالصعيد
لقوله تعالى فتيمموا صعيدا طيبا وقوله عليه الصلاة والسلام التراب طهور المسلم ولو إلى
عشر حجج ما لم يجد الماء والميل هو المختار في المقدار لأنه يلحقه الحرج بدخول المصر والماء
معدوم حقيقة والمعتبر المسافة دون خوف الفوت لأن التفريط يأتي من قبله
ولو كان يجد الماء إلا أنه مريض فخاف إن استعمل الماء اشتد مرضه تيمم لما تلونا ولأن الضرر
في زيادة المرض فوق الضرر في زيادة ثمن الماء وذلك يبيح التيمم فهذا أولى ولا فرق
بين أن يشتد مرضه بالتحرك أو بالاستعمال واعتبر الشافعي خوف التلف وهو مردود بظاهر
النص ولو خاف الجنب إن اغتسل بالماء أن يقتله البرد أو يمرضه يتيمم بالصعيد وهذا
إذا كان خارج المصر لما بينا ولو كان في المصر فكذلك عند أبي حنيفة خلافا لهما هما
يقولان إن تحقق هذه الحالة نادر في المصر فلا يعتبر وله أن العجز ثابت حقيقة فلا بد
من اعتباره والتيمم ضربتان يمسح بإحداهما وجهه وبالأخرى يديه إلى المرفقين لقوله
عليه الصلاة والسلام التيمم ضربتان ضربة للوجه وضربة لليدين إلى المرفقين وينفض
يديه بقدر ما يتناثر التراب كيلا يصير مثلة ولا بد من الاستيعاب في ظاهر الرواية

فلم تجدوا ماء

يخاف

تيمم

لقيامه مقام الوضوء ولهذا قالوا يخلل الأصابع وينزع الخاتم ليتم المسح والحدث
والجنابة فيه سواء وكذا الحيض والنفاس لما روي أن قوما جاءوا إلى رسول الله صلى
الله عليه وسلم وقالوا إنا قوم نسكن هذه الرمال ولا نجد الماء شهرا أو شهرين وفينا الجنب
والحائض والنفساء فقال عليه الصلاة والسلام عليكم بأرضكم ويجوز التيمم عند أبي حنيفة
ومحمد بكل ما كان من جنس الأرض كالتراب والرمل والحجر والنورة والكحل والزرنيخ
وقال أبو يوسف لا يجوز إلا بالتراب والرمل وقال الشافعي لا يجوز إلا بالتراب وهو
رواية عن أبي يوسف لقوله تعالى فتيمموا صعيدا طيبا أي ترابا منبتا هكذا قاله ابن عباس
غير أن أبا يوسف زاد عليه الرمل بالحديث الذي رويناه ولهما أن الصعيد اسم لوجه الأرض
سمي به لصعوده والطيب يحتمل الطاهر فحمل عليه لأنه أليق بموضع الطهارة أو هو مراد بالإجماع
ثم لا يشترط أن يكون عليه غبار عند أبي حنيفة لإطلاق ما تلونا وكذا يجوز بالغبار مع القدرة
على الصعيد عند أبي حنيفة ومحمد لأنه تراب رقيق والنية فرض في التيمم وقال زفر
ليست بفرض لأنه خلف عن الوضوء فلا يخالفه في وصفه ولنا أنه ينبئ عن القصد
فلا يتحقق دونه أو جعل طهورا في حالة مخصوصة والماء طهور بنفسه على ما مر ثم إذا
نوى الطهارة أو استباحة الصلاة أجزأه ولا تشترط نية التيمم للحدث أو الجنابة هو الصحيح
من المذهب فإن تيمم نصراني يريد به الإسلام ثم أسلم لم يكن متيمما عند أبي حنيفة
ومحمد رحمهما الله تعالى وقال أبو يوسف هو متيمم لأنه نوى قربة مقصودة بخلاف التيمم
لدخول المسجد ومس المصحف لأنه ليس بقربة مقصودة ولهما أن التراب ما جعل طهورا
إلا في حال إرادة قربة مقصودة لا تصح بدون الطهارة والإسلام قربة تصح بدونه
بخلاف سجدة التلاوة لأنها قربة مقصودة لا تصح بدون الطهارة فإن توضأ
لا يريد به الإسلام ثم أسلم فهو متوضئ خلافا للشافعي بناء على اشتراط النية فإن
تيمم مسلم ثم ارتد والعياذ بالله ثم أسلم فهو على تيممه وقال زفر بطل تيممه لأن الكفر
ينافيه فيستوي فيه الابتداء والبقاء كالمحرمية في النكاح ولنا أن الباقي صفة
كونه طاهرا فاعتراض الكفر عليه لا ينافيه كما لو اعترض على الوضوء وإنما لا يصح
من الكافر ابتداء لانعدام النية منه وينقض التيمم كل شيء ينقض الوضوء لأنه خلف
عنه فأخذ حكمه وينقضه أيضا رؤية الماء إذا قدر على استعماله لأن القدرة هي
المراد بالوجود الذي هو غاية لطهورية التراب وخائف العدو والسبع والعطش
عاجز حكما والنائم عند أبي حنيفة قادر تقديرا والمراد ماء يكفي للوضوء لأنه لا معتبر

والجص

مستحبة في الوضوء

بما دونه ابتداء فكذا انتهاء قال ولا يتيمم الا بصعيد طاهر لان الطيب اريد به الطاهر
ولانه آلة التطهير فلا بد من طهارته في نفسه كالماء ويستحب لعادم الماء وهو يرجو
ان يجده ان يؤخر الصلوة الى آخر الوقت فان وجد الماء توضأ والا تيمم وصلى
ليقع الاداء باكمل الطهارتين وصار كالطامع في الجماعة وعن ابي حنيفة وابي يوسف
في غير رواية الاصول ان التاخير حتم لان غالب الرأي كالمتحقق وجه الظاهر ان
العجز ثابت حقيقة فلا يزول حكمه الا بيقين مثله ويصلي بتيممه ما شاء من الفرائض و
النوافل وعند الشافعي يتيمم لكل فرض لانه طهارة ضرورية ولنا انه طهور حال
عدم الماء فيعمل عمله ما بقي شرطه ويتيمم الصحيح في المصر اذا حضرت جنازة والولي
غيره فخاف ان اشتغل بالطهارة ان تفوته الصلوة لانها لا تقضى فيتحقق العجز وكذلك
من حضر العيد فخاف ان اشتغل بالطهارة ان يفوته العيد يتيمم لانه لا يعاد وقوله
والولي غيره اشارة الى انه لا يجوز للولي وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة وهو الصحيح
لان للولي حق الاعادة فلا فوات في حقه وان احدث الامام او المقتدي في
صلوة العيد تيمم وبنى عند ابي حنيفة وقالا لا يتيمم لان اللاحق يصلي بعد فراغ الامام
فلا يخاف الفوت وله ان الخوف باق لانه يوم زحمة فيعتريه عارض يفسد عليه
صلوته والخلاف فيما اذا شرع بالوضوء ولو شرع بالتيمم تيمم وبنى بالاتفاق لانا
لو اوجبنا الوضوء يكون واجدا للماء في صلوته فتفسد صلوته ولا يتيمم للجمعة وان
خاف الفوت لو توضأ فان ادرك الجمعة صلاها والا صلى الظهر لانها تفوت الى خلف
وهو الظهر بخلاف العيد وكذا اذا خاف فوت الوقت لو توضأ لم يتيمم ويتوضأ ويقضي
ما فاته لان الفوات الى خلف وهو القضاء والمسافر اذا نسي الماء في رحله فتيمم وصلى
ثم ذكر الماء لم يعدها عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يعيدها والخلاف فيما اذا
وضعه بنفسه او وضعه غيره بامره وذكره في الوقت وبعده سواء له انه واجد
للماء فصار كما اذا كان في رحله ثوب فنسيه ولان رحل المسافر معدن للماء عادة
فيفترض الطلب عليه ولهما انه لا قدرة بدون العلم وهو المراد بالوجود وماء
الرحل معد للشرب لا للاستعمال ومسئلة الثوب على الاختلاف ولو كان على الاتفاق
ففرض الستر يفوت لا الى خلف والطهارة بالماء تفوت الى خلف وهو التيمم وليس على
المتيمم طلب الماء اذا لم يغلب على ظنه ان بقربه ماء لان الغالب عدم الماء في الفلوات
ولا دليل على الوجود فلم يكن واجدا وان غلب على ظنه ان هناك ماء لم يجز له ان يتيمم

في آخر الوقت م

رواية الاصول رواية الجامعين والزيادات والمبسوط ورواية غير الاصول رواية النوادر والامالي والرقيات والكيسانيات والهارونيات اكمل

وفي رواية يجوز للولي ايضا ذكره في الكافي

حتى

حتى يطلبه لانه واجد للماء نظرا الى الدليل ثم يطلب مقدار الغلوة ولا يبلغ ميلا كيلا ينقطع
عن رفقته فان كان مع رفيقه ماء طلبه منه قبل ان يتيمم لعدم المنع غالبا فان منعه منه
تيمم لتحقق العجز ولو تيمم قبل الطلب اجزأه عند ابي حنيفة لانه لا يلزمه الطلب من ملك الغير
وقالا لا يجزيه لان الماء مبذول عادة ولو ابى ان يعطيه الا بثمن المثل وعنده ثمنه
لا يجزيه التيمم لتحقق القدرة ولا يلزمه تحمل الغبن الفاحش لان الضرر مسقط

باب المسح على الخفين

المسح على الخفين جائز بالسنة والاخبار فيه مستفيضة
حتى قيل ان من لم يره كان مبتدعا لكن من رآه ثم لم يمسح آخذا بالعزيمة كان ماجورا
ويجوز من كل حدث موجب للوضوء اذا لبسهما على طهارة كاملة ثم احدث خصه بحدث
موجب للوضوء لانه لا يمسح من الجنابة على ما نبين ان شاء الله تعالى وبحدث متأخر لان
الخف عهد مانعا ولو جوزناه بحدث سابق كالمستحاضة اذا لبست ثم خرج الوقت و
المتيمم اذا لبس ثم رأى الماء كان رافعا وقوله اذا لبسهما على طهارة كاملة لا يفيد
اشتراط الكمال وقت اللبس بل وقت الحدث وهو المذهب عندنا حتى لو غسل رجليه
ولبس خفيه ثم اكمل الطهارة ثم احدث يجزيه المسح وهذا لان الخف مانع حلول الحدث
بالقدم فيراعى كمال الطهارة وقت المنع حتى لو كانت ناقصة عند ذلك كان الخف رافعا
ويجوز للمقيم يوما وليلة وللمسافر ثلثة ايام ولياليها لقوله عليه الصلوة والسلام
يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلثة ايام ولياليها وابتداؤها عقيب الحدث لان الخف
مانع سراية الحدث فيعتبر المدة من وقت المنع والمسح على ظاهرهما خطوطا بالاصابع
يبدأ من قبل الاصابع الى الساق لحديث المغيرة رض ان النبي عليه الصلوة والسلام
وضع يديه على خفيه ومدهما من الاصابع الى اعلاهما مسحة واحدة وكاني انظر
الى اثر المسح على خف رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم خطوطا بالاصابع ثم المسح على
الظاهر حتم حتى لا يجوز على باطن الخف وعقبه وساقه لانه معدول به عن القياس
فيراعى جميع ما ورد به الشرع والبداية من الاصابع استحباب اعتبارا بالاصل وهو
الغسل وفرض ذلك مقدار ثلث اصابع من اصابع اليد وقال الكرخي من اصابع الرجل
والاول اصح اعتبارا لآلة المسح ولا يجوز المسح على خف فيه خرق كبير يتبين منه قدر
ثلث اصابع الرجل وان كان اقل من ذلك جاز وقال زفر والشافعي لا يجوز وان قل
لانه لما وجب غسل البادي يجب غسل الباقي لتعذر الجمع بينهما ولنا ان الخفاف لا تخلو
عن قليل خرق عادة فيلحقهم الحرج في النزع وتخلو عن الكبير فلا حرج والكبير

ان ينكشف قدر ثلث اصابع الرجل اصغرها هو الصحيح لان الاصل في القدم هو الاصابع و الثلث
اكثرها فقام مقام الكل واعتبار الاصغر للاحتياط ولا معتبر بدخول الانامل اذا
كان لا ينفرج عند المشي ويعتبر هذا المقدار في كل خف على حدة فيجمع الخرق في خف واحد
ولا يجمع في خفين لان الخرق في احدهما لا يمنع قطع السفر بالآخر بخلاف النجاسة المتفرقة
لانه حامل للكل وانكشاف العورة نظير النجاسة ولا يجوز المسح لمن وجب عليه الغسل لحديث
صفوان بن عسال رض قال كان رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم يامرنا اذا كنا سفرا ان
لا ننزع خفافنا ثلثة ايام ولياليها الا عن جنابة ولكن من بول او غائط او نوم ولان
الجنابة لا تتكرر عادة فلا حرج في النزع بخلاف الحدث لانه يتكرر وينقض المسح
كل شيء ينقض الوضوء لانه بعض الوضوء وينقضه نزع الخف لسراية الحدث الى القدم
حيث زال المانع وكذا نزع احدهما لتعذر الجمع بين الغسل والمسح في وظيفة واحدة
وكذا مضي المدة لما روينا فاذا تمت المدة نزع خفيه وغسل رجليه وصلى وليس عليه اعادة
بقية الوضوء وكذا اذا نزع قبل المدة لان عند النزع يسري الحدث السابق الى القدمين
كانه لم يغسلهما وحكم النزع يثبت بخروج القدم الى الساق لانه لا معتبر به في حق المسح
وكذا باكثر القدم هو الصحيح ومن ابتدأ المسح وهو مقيم فسافر قبل تمام يوم وليلة
مسح ثلثة ايام ولياليها عملا باطلاق الحديث ولانه حكم متعلق بالوقت فيعتبر فيه
آخره بخلاف ما اذا استكمل المدة ثم سافر لان الحدث قد سرى الى القدم والخف ليس برافع
ولو اقام وهو مسافر ان استكمل مدة الاقامة نزع لان رخصة السفر لا تبقى بدونه
وان لم يستكمل اتمها لان هذه مدة الاقامة وهو مقيم ومن لبس الجرموق فوق الخف
مسح عليه خلافا للشافعي فانه يقول البدل لا يكون له بدل ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم
مسح على الجرموقين ولانه تبع للخف استعمالا وغرضا فصار كخف ذي طاقين و
هو بدل عن الرجل لا عن الخف بخلاف ما اذا لبس الجرموق بعد ما احدث لان الحدث
حل بالخف فلا يتحول الى غيره ولو كان الجرموق من كرباس لا يجوز المسح لانه لا يصلح
بدلا عن الرجل الا ان ينفذ البلة الى الخف ولا يجوز المسح على الجوربين عند ابي حنيفة
الا ان يكونا مجلدين او منعلين وقالا يجوز اذا كانا ثخينين لا يشفان
الماء لما روي ان النبي صلى الله تعالى عليه وسلم مسح على جوربيه ولانه يمكنه المشي فيه
اذا كان ثخينا وهو ان يستمسك على الساق من غير ان يربط بشيء فاشبه الخف
وله انه ليس في معنى الخف لانه لا يمكنه مواظبة المشي فيه الا اذا كان منعلا وهو

محمل

١٠

محمل الحديث وعنه انه رجع الى قولهما وعليه الفتوى ولا يجوز المسح على العمامة والقلنسوة
والبرقع والقفازين لانه لا حرج في نزع هذه الاشياء والرخصة لدفع الحرج ويجوز
المسح على الجبائر وان شدها على غير وضوء لانه صلى الله تعالى عليه وسلم فعل ذلك و
امر عليا به ولان الحرج فيه فوق الحرج في نزع الخف فكان اولى بشرع المسح ويكتفى
بالمسح على اكثرها ذكره الحسن ولا يتوقت لعدم التوقيف بالتوقيت فان سقطت
عن غير برء لا يبطل المسح لان العذر قائم والمسح عليها كالغسل لما تحتها ما دام العذر
باقيا وان سقطت عن برء بطل لزوال العذر وان كان في الصلوة استقبل لانه قدر
على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل

باب الحيض والاستحاضة

اقل الحيض ثلثة ايام
ولياليها وما نقص من ذلك فهو استحاضة لقوله عليه الصلوة والسلام اقل الحيض للجارية
البكر والثيب ثلثة ايام ولياليها واكثره عشرة ايام وهو حجة على الشافعي في التقدير بيوم
وليلة وعن ابي يوسف يومان والاكثر من اليوم الثالث اقامة للاكثر مقام الكل قلنا هذا
نقص عن تقدير الشرع واكثره عشرة ايام والزائد استحاضة لما روينا وهو حجة على الشافعي
في التقدير بخمسة عشر يوما ثم الزائد والناقص استحاضة لان تقدير الشرع يمنع الحاق
غيره به وما تراه المرأة من الحمرة والصفرة والكدرة حيض حتى ترى البياض خالصا
وقال ابو يوسف لا يكون الكدرة حيضا الا بعد الدم لانه لو كان من الرحم لتأخر خروج
الكدر عن الصافي ولهما ما روي ان عائشة رضي الله تعالى عنها جعلت ما سوى البياض الخالص
حيضا وهذا لا يعرف الا سماعا وفم الرحم منكوس فيخرج الكدر اولا كالجرة اذا ثقب
اسفلها واما الخضرة فالصحيح ان المرأة اذا كانت من ذوات الاقراء تكون حيضا
ويحمل على فساد الغذاء وان كانت كبيرة لا ترى غير الخضرة يحمل على فساد المنبت ولا
يكون حيضا والحيض يسقط عن الحائض الصلوة ويحرم عليها الصوم وتقضي الصوم ولا
تقضي الصلوة لقول عائشة رضي الله تعالى عنها كانت احدانا على عهد رسول الله صلى الله
عليه وسلم اذا طهرت من حيضها تقضي الصيام ولا تقضي الصلوات ولان في قضاء الصلوات
حرجا لتضاعفها ولا حرج في قضاء الصوم ولا تدخل المسجد وكذا الجنب لقوله عليه الصلوة
والسلام فاني لا احل المسجد لحائض ولا جنب وهو باطلاقه حجة على الشافعي في اباحة
الدخول على وجه العبور والمرور ولا تطوف بالبيت لان الطواف في المسجد ولا ياتيها
زوجها لقوله عليه الصلوة والسلام ولا تقربوهن حتى يطهرن وليس للحائض والجنب
والنفساء قراءة القرآن لقوله عليه الصلوة والسلام لا تقرأ الحائض ولا الجنب شيئا من القرآن

الجبيرة

وهو باطلاقه حجة على مالك في الحائض وهو باطلاقه يتناول ما دون الآية فيكون
حجة على الطحاوي في اباحته وليس لهم مس المصحف الا بغلافه ولا اخذ درهم فيه سورة
من القرآن الا بصرته وكذا المحدث لا يمس المصحف الا بغلافه لقوله عليه الصلوة والسلام
لا يمس القرآن الا طاهر ثم الحدث والجنابة حلا اليد فيستويان في حكم المس والجنابة
حلت الفم دون الحدث فيفترقان في حكم القراءة وغلافه ما يكون متجافيا عنه دون
ما هو متصل به كالجلد المشرز هو الصحيح ويكره مسه بالكم وهو الصحيح لانه تابع له بخلاف
كتب الشريعة لاهلها حيث يرخص في مسها بالكم لان فيه ضرورة ولا بأس بدفع المصحف
الى الصبيان لان في المنع تضييع حفظ القرآن وفي الامر بالتطهير حرجا بهم هذا هو الصحيح
واذا انقطع دم الحيض لاقل من عشرة ايام لم يحل وطؤها حتى تغتسل لان الدم يدر
تارة وينقطع اخرى فلا بد من الاغتسال ليترجح جانب الانقطاع ولو لم تغتسل
ومضى عليها ادنى وقت الصلوة بقدر ان تقدر على الاغتسال والتحريمة حل وطؤها
لان الصلوة صارت دينا في ذمتها فطهرت حكما ولو كان انقطع الدم دون عادتها
فوق الثلث لم يقربها حتى تمضي عادتها وان اغتسلت لان العود في العادة غالب
فكان الاحتياط في الاجتناب وان انقطع لعشرة ايام حل وطؤها قبل الغسل لان
الحيض لا مزيد له على العشرة الا انه لا يستحب قبل الاغتسال للنهي في القراءة بالتشديد
والطهر اذا تخلل بين الدمين في مدة الحيض فهو كالدم المتوالي قال رضه هذا احدى الروايات
عن ابي حنيفة ووجهه ان استيعاب الدم مدة الحيض ليس بشرط بالاجماع فيعتبر اوله
وآخره كالنصاب في باب الزكوة وعن ابي يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة وقيل هو آخر
اقواله ان الطهر اذا كان اقل من خمسة عشر يوما لا يفصل وهو كله كالدم المتوالي لانه
طهر فاسد فيكون بمنزلة الدم والاخذ بهذا القول ايسر وتمامه يعرف في كتاب الحيض
واقل الطهر خمسة عشر يوما هكذا روي عن ابرهيم النخعي وانه لا يعرف الا توقيفا ولا
غاية لاكثره لانه قد يمتد الى سنة وسنتين فلا يتقدر بتقدير الا اذا استمر بها الدم
فاحتيج الى نصب العادة ويعرف ذلك في كتاب الحيض ودم الاستحاضة كالرعاف
لا يمنع الصلوة ولا الصوم ولا الوطي لقوله عليه الصلوة والسلام توضئي وصلي وان
قطر الدم على الحصير واذا عرف حكم الصلوة ثبت حكم الصوم والوطي بنتيجة الاجماع
ولو زاد الدم على عشرة ايام ولها عادة معروفة دونها ردت الى ايام عادتها والذي
زاد استحاضة لقوله عليه الصلوة والسلام المستحاضة تدع الصلوة ايام اقرائها ولان الزائد

على العادة يجانس ما زاد على العشرة فيلحق به وان ابتدأت مع البلوغ مستحاضة فحيضها
عشرة ايام من كل شهر والباقي استحاضة لانا عرفناه حيضا فلا يخرج عنه بالشك

فصل والمستحاضة ومن به سلس البول والرعاف الدائم والجرح الذي لا
يرقأ يتوضؤن لوقت كل صلوة فيصلون بذلك الوضوء في الوقت ما شاؤا من الفرائض
والنوافل وقال الشافعي تتوضأ المستحاضة لكل صلوة مكتوبة لقوله صلى الله عليه وسلم
المستحاضة تتوضأ لكل صلوة ولان اعتبار طهارتها ضرورة اداء المكتوبة فلا تبقى بعد
الفراغ منها ولنا قوله عليه الصلوة والسلام المستحاضة تتوضأ لوقت كل صلوة وهو المراد بالاول
لان اللام تستعار للوقت يقال آتيك لصلوة الظهر اي وقتها ولان الوقت اقيم مقام
الاداء تيسيرا فيدار الحكم عليه واذا خرج الوقت بطل وضوؤهم واستانفوا الوضوء
لصلوة اخرى وهذا عند علمائنا الثلثة وقال زفر استانفوا اذا دخل الوقت فان توضؤا
حين تطلع الشمس اجزاهم حتى يذهب وقت الظهر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
وزفر اجزاهم حتى يدخل وقت الظهر وحاصله ان طهارة المعذور تنتقض بخروج الوقت
اي عنده بالحدث السابق عند ابي حنيفة ومحمد وبدخوله عند زفر وبايهما كان عند ابي
يوسف وفائدة الاختلاف لا تظهر الا فيمن توضأ قبل الزوال كما ذكرنا او قبل طلوع الشمس
لزفر ان اعتبار الطهارة مع المنافي للحاجة الى الاداء ولا حاجة قبل الوقت فلا تعتبر
ولابي يوسف ان الحاجة مقصورة على الوقت فلا تعتبر قبله ولا بعده ولهما انه لا بد
من تقديم الطهارة على الوقت ليتمكن من الاداء كما دخل الوقت وخروج الوقت دليل
زوال الحاجة فظهر اعتبار الحدث عنده والمراد بالوقت وقت المفروضة حتى لو توضأ
المعذور لصلوة العيد له ان يصلي الظهر به عندهما وهو الصحيح لانها بمنزلة صلوة الضحى
ولو توضأ مرة للظهر في وقته واخرى فيه للعصر فعندهما ليس له ان يصلي العصر به
لانتقاضه بخروج وقت المفروضة والمستحاضة هي التي لا يمضي عليها وقت صلوة الا
والحدث الذي ابتليت به يوجد فيه وكذا كل من هو في معناها وهو من ذكرناه ومن به
استطلاق بطن وانفلات ريح لان الضرورة بهذا تتحقق وهي تعم الكل

فصل في النفاس النفاس هو الدم الخارج عقيب الولادة لانه ماخوذ
من تنفس الرحم بالدم او من خروج النفس بمعنى الولد او بمعنى الدم والدم الذي
تراه الحامل ابتداء او حال ولادتها قبل خروج الولد استحاضة وان كان ممتدا
وقال الشافعي حيض اعتبارا بالنفاس اذ هما جميعا من الرحم ولنا ان بالحبل ينسد

فم الرحم كذا العادة والنفاس بعد انفتاحه بخروج الولد ولهذا كان نفاسا بعد خروج
بعض الولد فيما روي عن ابي حنيفة ومحمد لانه ينفتح فيتنفس به والسقط الذي استبان
بعض خلقه ولد حتى تصير المرأة به نفساء وتصير الامة ام ولد به وكذا العدة تنقضي به
واقل النفاس لا حد له لان تقدم الولد علم على الخروج من الرحم فاغنى عن امتداد جعل
علما عليه بخلاف الحيض واكثره اربعون يوما والزائد استحاضة لحديث ام سلمة رضي الله عنها
ان النبي صلى الله تعالى عليه وسلم وقت للنفساء اربعين يوما وهو حجة على الشافعي في اعتباره
الستين وان جاوز الدم الاربعين وكانت ولدت قبل ذلك ولها عادة في النفاس ردت
الى ايام عادتها لما بينا في الحيض فان لم تكن لها عادة فابتداء نفاسها اربعون يوما
لانه امكن جعله نفاسا وان ولدت ولدين في بطن واحد فنفاسها من الاول عند
ابي حنيفة وابي يوسف وان كان بين الولدين اربعون يوما وقال محمد من الولد الاخير
وهو قول زفر لانها حامل بعد وضع الاول فلا تصير نفساء كما انها لا تحيض ولهذا
تنقضي العدة بالولد الاخير ولهما ان الحامل انما لا تحيض لانسداد فم الرحم على ما ذكرنا
وقد انفتح بخروج الاول وتنفس بالدم فكان نفاسا والعدة تعلقت بوضع حمل مضاف
اليها فيتناول الجميع

باب الانجاس وتطهيرها

تطهير النجاسة واجب من بدن
المصلي وثوبه والمكان الذي يصلي عليه لقوله تعالى وثيابك فطهر وقال عليه الصلوة والسلام
حتيه ثم اقرصيه ثم اغسليه بالماء واذا وجب التطهير بما ذكرنا في الثوب وجب في البدن
والمكان لان الاستعمال في حالة الصلوة يشمل الكل ويجوز تطهيرها بالماء وبكل
مائع يمكن ازالتها به كالخل وماء الورد مما اذا عصر انعصر وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد وزفر والشافعي لا يجوز الا بالماء لانه يتنجس باول الملاقاة
والنجس لا يفيد الطهارة الا ان القياس ترك في الماء للضرورة ولهما ان المائع
قالع والطهورية بعلة القلع والازالة والنجاسة للمجاورة فاذا انتهت اجزاء
النجاسة يبقى طاهرا وجواب الكتاب لا يفرق بين الثوب والبدن وهو قول ابي حنيفة
واحدى الروايتين عن ابي يوسف وعنه انه فرق بينهما فلم يجوز في البدن بغير الماء
واذا اصابت الخف نجاسة لها جرم كالروث والعذرة والدم والمني فجفت فدلكه
بالارض جاز وهذا استحسان وقال محمد لا يجوز وهو القياس الا في المني خاصة
لان المتداخل في الخف لا يزيله الجفاف والدلك بخلاف المني على ما نذكره ولهما
قوله عليه الصلوة والسلام فان كان بهما اذى فليمسحهما بالارض فان الارض لهما طهور

ولان

ولان الجلد لصلابته لا تتداخله اجزاء النجاسة الا قليل ثم يجتذبه الجرم اذا جف
فاذا زال زال ما قام به وفي الرطب لا يجوز حتى يغسله لان المسح بالارض يكثره
ولا يطهره وعن ابي يوسف انه اذا مسحه بالارض حتى لم يبق اثر النجاسة يطهر لعموم
البلوى واطلاق ما يروى وعليه مشايخنا فان اصابه بول فيبس لم يجزه حتى يغسله
وكذا كل ما لا جرم له كالخمر لان الاجزاء تتشرب فيه ولا جاذب يجذبها وقيل كل ما
يتصل به من الرمل جرم له والثوب لا يجزئ فيه الا الغسل وان يبس لان الثوب لتخلخله
يتداخله كثير من اجزاء النجاسة فلا يخرجها الا الغسل والمني نجس يجب غسله رطبا فاذا
جف على الثوب اجزأ فيه الفرك لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم لعائشة رضي الله تعالى عنها فاغسليه
ان كان رطبا وافركيه ان كان يابسا وقال الشافعي المني طاهر والحجة عليه ما رويناه وقوله
عليه الصلوة والسلام انما يغسل الثوب من خمس وذكر منها المني ولو اصاب البدن قال
مشايخنا يطهر بالفرك لان البلوى فيه اشد وعن ابي حنيفة انه لا يطهر لان حرارة
البدن جاذبة فلا يعود الى الجرم والبدن لا يمكن فركه والنجاسة اذا اصابت المرآة
والسيف اكتفي بمسحهما لانه لا تتداخله النجاسة وما على ظاهره يزول بالمسح
واذا اصابت الارض نجاسة فجفت بالشمس وذهب اثرها جازت الصلوة عليها وقال
زفر والشافعي لا تجوز لانه لم يوجد المزيل ولهذا لا يجوز التيمم بها ولنا قوله عليه الصلوة
والسلام ذكوة الارض يبسها وانما لا يجوز التيمم لان طهارة الصعيد ثبت شرطا
بنص الكتاب فلا تتأدى بما ثبت بالحديث قال وقدر الدرهم وما دونه من النجاسة
المغلظة كالدم والبول والخمر وخرء الدجاج وبول الحمار جازت الصلوة معه وان
زاد لم تجز وقال زفر والشافعي قليل النجاسة وكثيرها سواء لان النص الموجب
للتطهير لم يفصل ولنا ان القليل لا يمكن التحرز عنه فيجعل عفوا فقدرناه بقدر الدرهم
اخذا عن موضع الاستنجاء ثم يروى اعتبار الدرهم من حيث المساحة وهو قدر عرض
الكف في الصحيح ويروى من حيث الوزن وهو الدرهم الكبير المثقال وهو ما يبلغ وزنه
مثقالا وقيل في التوفيق بينهما ان الاولى في الرقيق والثانية في الكثيف وانما
كانت نجاسة هذه الاشياء مغلظة لانها ثبتت بدليل مقطوع به قال وان كانت
مخففة كبول ما يؤكل لحمه جازت الصلوة معه ما لم يبلغ ربع الثوب يروى ذلك
عن ابي حنيفة لان التقدير فيه بالكثير الفاحش والربع ملحق بالكل في حق بعض الاحكام
وعنه ربع ادنى ثوب تجوز فيه الصلوة كالمئزر وقيل ربع الموضع الذي اصابه كالذيل

والكم والدخريص وعن ابي يوسف شبر في شبر وانما كان مخففا عند ابي حنيفة وابي
يوسف لمكان الاختلاف في نجاسته او لتعارض النصين على اختلاف الاصلين قال
واذا اصاب الثوب من الروث واخثاء البقر اكثر من قدر الدرهم لم تجز الصلوة فيه
عند ابي حنيفة لان النص الوارد في نجاسته وهو ما روي انه صلى الله تعالى عليه وسلم
رمى بالروثة وقال هذا رجس او ركس لم يعارضه غيره وبهذا يثبت التغليظ عنده
والتخفيف بالتعارض وقالا يجزيه حتى يفحش لان للاجتهاد فيه مساغا وبهذا
يثبت التخفيف عندهما ولان فيه ضرورة لامتلاء الطرق بها وهي مؤثرة في التخفيف
بخلاف بول الحمار لان الارض تنشفه قلنا الضرورة في النعال وقد اثرت في التخفيف
مرة حتى تطهر بالمسح فتكفي مؤنتها ولا فرق بين ماكول اللحم وغير ماكول اللحم وزفر
فرق بينهما فوافق ابا حنيفة في غير الماكول ووافقهما في الماكول وعن محمد انه
لما دخل الري ورأى البلوى افتى بان الكثير الفاحش لا يمنع ايضا وقاسوا عليه طين
بخارا وعند ذلك رجوعه في الخف يروى قال وان اصابه بول الفرس لم يفسده
حتى يفحش عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد لا يمنع وان فحش لان بول ما يوكل
لحمه طاهر عنده مخفف نجاسته عند ابي يوسف ولحمه ماكول عندهما واما
عند ابي حنيفة فالتخفيف لتعارض الآثار قال وان اصابه خرء ما لا يوكل لحمه من الطيور
اكثر من قدر الدرهم اجزأت الصلوة فيه عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا
تجوز فقد قيل ان الاختلاف في النجاسة وقد قيل في المقدار وهو الاصح هو يقول
ولا ضرورة لعدم المخالطة فلا يخفف ولهما انها تذرق من الهواء والتحامي متعذر
فتحققت الضرورة ولو وقع في الاناء قيل يفسده وقيل لا يفسده لتعذر صون
الاواني عنه قال وان اصابه من دم السمك او من لعاب الحمار او البغل اكثر من قدر الدرهم
اجزأت الصلوة فيه اما دم السمك فلانه ليس بدم على التحقيق فلا يكون نجسا وعن
ابي يوسف انه اعتبر فيه الكثير الفاحش فاعتبره نجسا واما لعاب البغل والحمار
فلانه مشكوك فيه فلا يتنجس به الطاهر قال فان انتضح عليه البول مثل رؤوس الابر فذلك
ليس بشيء لانه لا يستطاع الامتناع عنه قال والنجاسة ضربان مرئية وغير مرئية
فما كان منها مرئيا فطهارتها زوال عينها لان النجاسة حلت المحل باعتبار العين فتزول
بزوالها الا ان يبقى من اثرها ما يشق ازالته لان الحرج مدفوع شرعا وهذا يشير
الى انه لا يشترط الغسل بعد زوال العين وان زال بالغسل مرة واحدة ففيه كلام وما

ليس بمرئي فطهارته ان يغسل حتى يغلب على ظن الغاسل انه قد طهر لان التكرار لا بد منه
للاستخراج فلا يقطع بزواله فاعتبر غالب الظن كما في امر القبلة وانما قدروا بالثلث
لان غالب الظن يحصل عنده فاقيم السبب الظاهر مقامه تيسيرا ويتايد ذلك بحديث
المستيقظ من منامه ثم لا بد من العصر في كل مرة في ظاهر الرواية لانه هو المستخرج

فصل في الاستنجاء

الاستنجاء سنة لان النبي عليه الصلوة والسلام واظب عليه
ويجوز فيه الحجر وما قام مقامه يمسحه حتى ينقيه لان المقصود هو الانقاء فيعتبر ما هو
المقصود وليس فيه عدد مسنون وقال الشافعي لا بد من التثليث لقوله صلى الله عليه وسلم
وليستنج بثلثة احجار ولنا قوله عليه الصلوة والسلام من استجمر فليوتر فمن فعل فحسن
ومن لا فلا حرج عليه والايتار يقع على الواحد وما رواه متروك الظاهر فانه لو
استنجى بحجر له ثلثة احرف جاز بالاجماع وغسله بالماء افضل لقوله تعالى فيه رجال
يحبون ان يتطهروا نزلت في اقوام يتبعون الحجارة الماء ثم هو ادب وقيل هو سنة
في زماننا ويستعمل الماء الى ان يقع في غالب ظنه انه قد طهر ولا يقدر بالمرات الا اذا كان
موسوسا فيقدر بالثلث في حقه وقيل بالسبع قال ولو جاوزت النجاسة مخرجها لم يجز
فيه الا الماء وفي بعض النسخ الا المائع وهذا يحقق اختلاف الروايتين في تطهير العضو
بغير الماء على ما بينا وهذا لان المسح غير مزيل الا انه اكتفي به في موضع الاستنجاء فلا يتعداه
ثم يعتبر المقدار المانع وراء موضع الاستنجاء عند ابي حنيفة وابي يوسف لسقوط اعتبار
ذلك الموضع وعند محمد مع موضع الاستنجاء اعتبارا بسائر المواضع قال ولا يستنجي بعظم
ولا بروث لان النبي عليه الصلوة والسلام نهى عن ذلك ولو فعل يجزيه لحصول المقصود
ومعنى النهي في الروث النجاسة وفي العظم كونه زاد الجن قال ولا يستنجي بطعام لانه
اضاعة واسراف ولا بيمينه لان النبي عليه الصلوة والسلام نهى عن الاستنجاء باليمين

كتاب الصلوة

باب المواقيت

اول وقت الفجر اذا طلع الفجر الثاني وهو المعترض
في الافق واخر وقتها ما لم تطلع الشمس لحديث امامة جبريل عليه الصلوة والسلام فانه ام
رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم فيها في اليوم الاول حين طلع الفجر وفي اليوم الثاني
حين اسفر جدا وكادت الشمس تطلع ثم قال في اخر الحديث ما بين هذين وقت لك
ولامتك ولا معتبر بالفجر الكاذب وهو البياض الذي يبدو طولا ثم يعقبه الظلام لقوله
عليه الصلوة والسلام لا يغرنكم اذان بلال ولا الفجر المستطيل وانما الفجر المستطير
في الافق اي المنتشر فيها قال واول وقت الظهر اذا زالت الشمس لامامة جبريل عليه السلام

في اليوم الاول حين زالت الشمس وآخر وقتها عند ابي حنيفة اذا صار ظل كل شيء مثليه سوى فيء الزوال وقالا اذا صار الظل مثله وهو رواية عن ابي حنيفة وفيء الزوال هو الفيء الذي يكون للاشياء وقت الزوال لهما امامة جبريل عليه السلام في اليوم الاول في هذا الوقت وله قوله عليه الصلوة والسلام ابردوا بالظهر فان شدة الحر من فيح جهنم واشد الحر في ديارهم كان في هذا الوقت واذا تعارضت الآثار لا ينقضي الوقت بالشك قال واول وقت العصر اذا خرج وقت الظهر على القولين وآخر وقتها ما لم تغرب الشمس لقوله عليه الصلوة والسلام من ادرك ركعة من العصر قبل ان تغرب الشمس فقد ادركها واول وقت المغرب اذا غربت الشمس وآخر وقتها ما لم يغب الشفق وقال الشافعي مقدار ما يصلي فيه ثلث ركعات لان جبريل ام في اليومين في وقت واحد ولنا قوله عليه الصلوة والسلام اول وقت المغرب حين تغرب الشمس وآخره حين يغيب الشفق وما رواه كان للتحرز عن الكراهة ثم الشفق هو البياض الذي في الافق بعد الحمرة عند ابي حنيفة وقالا هو الحمرة وهو رواية عن ابي حنيفة وهو قول الشافعي رحمه الله لقوله عليه الصلوة والسلام الشفق هو الحمرة وله قوله عليه الصلوة والسلام وآخر وقت المغرب اذا اسود الافق وما رواه موقوف على ابن عمر ذكره مالك في الموطأ وفيه اختلاف الصحابة رضي الله تعالى عنهم واول وقت العشاء اذا غاب الشفق وآخر وقتها ما لم يطلع الفجر لقوله عليه الصلوة والسلام وآخر وقت العشاء حين يطلع الفجر وهو حجة على الشافعي في تقديره بذهاب ثلث الليل واول وقت الوتر بعد العشاء وآخره ما لم يطلع الفجر لقوله عليه الصلوة والسلام في الوتر فصلوها ما بين العشاء الى طلوع الفجر قال وعند ابي حنيفة وقته وقت العشاء الا انه لا يقدم عليه عند التذكر للترتيب

فصل

ويستحب الاسفار بالفجر لقوله عليه الصلوة والسلام اسفروا بالفجر فانه اعظم للاجر وقال الشافعي يستحب التعجيل في كل صلوة والحجة عليه ما رويناه وما نرويه والابراد بالظهر في الصيف وتقديمها في الشتاء لما روينا ولرواية انس رضي الله عنه كان النبي صلى الله عليه وسلم اذا كان في الشتاء بكر بالظهر واذا كان في الصيف ابرد بها وتاخير العصر ما لم تتغير الشمس في الشتاء والصيف لما فيه من تكثير النوافل لكراهتها بعده والمعتبر تغير القرص وهو ان يصير بحال لا تحار فيه الاعين هو الصحيح والتاخير اليه مكروه ويستحب تعجيل المغرب لان تاخيرها مكروه لما فيه من التشبه باليهود وقال عليه الصلوة والسلام لا تزال امتي بخير ما عجلوا المغرب واخروا العشاء وتاخير العشاء

الى

الى ما قبل ثلث الليل لقوله عليه الصلوة والسلام لولا ان اشق على امتي لاخرت العشاء الى ثلث الليل ولان فيه قطع السمر المنهي عنه بعده وقيل في الصيف تعجل كيلا تتقلل الجماعة والتاخير الى نصف الليل مباح لان دليل الكراهة وهو تقليل الجماعة عارضه دليل الندب وهو قطع السمر بواحدة فتثبت الاباحة والى النصف الاخير مكروه لما فيه من تقليل الجماعة وقد انقطع السمر قبله ويستحب في الوتر لمن يألف صلوة الليل ان يؤخر الى آخر الليل فان لم يثق بالانتباه اوتر قبل النوم لقوله عليه الصلوة والسلام من خاف ان لا يقوم آخر الليل فليوتر اوله ومن طمع ان يقوم آخر الليل فليوتر آخره واذا كان يوم غيم فالمستحب في الفجر والظهر والمغرب تاخيرها وفي العصر والعشاء تعجيلها لان في تاخير العشاء تقليل الجماعة على اعتبار المطر وفي تاخير العصر توهم الوقوع في الوقت المكروه ولا توهم في الفجر لان تلك المدة مديدة وعن ابي حنيفة التاخير في الكل للاحتياط الا ترى انه يجوز الاداء بعد الوقت لا قبله

فصل في الاوقات التي تكره فيها الصلوة

لا تجوز الصلوة عند طلوع الشمس ولا عند قيامها في الظهيرة ولا عند غروبها لحديث عقبة رضي الله عنه قال ثلثة اوقات نهانا رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم ان نصلي فيها وان نقبر فيها موتانا عند طلوع الشمس حتى ترتفع وعند زوالها حتى تزول وحين تتضيف للغروب حتى تغرب والمراد بقوله وان نقبر صلوة الجنازة لان الدفن غير مكروه والحديث باطلاقه حجة على الشافعي في تخصيص الفرائض والنوافل بمكة وحجة على ابي يوسف في اباحة النفل يوم الجمعة وقت الزوال قال ولا صلوة جنازة لما روينا ولا سجدة تلاوة لانها في معنى الصلوة الا عصر يومه عند الغروب لان السبب هو الجزء القائم من الوقت لانه لو تعلق بالكل لوجب الاداء بعده ولو تعلق بالجزء الماضي فالمؤدى في آخر الوقت قاض واذا كان كذلك فقد اداها كما وجبت بخلاف غيرها من الصلوات لانها وجبت كاملة فلا تتادى بالناقص قال رضي الله عنه والمراد بالنفي المذكور في صلوة الجنازة وسجدة التلاوة الكراهة حتى لو صلاها فيها او تلاها فيها وسجدها جاز لانها اديت ناقصة كما وجبت اذ الوجوب بحضور الجنازة والتلاوة ويكره ان يتنفل بعد الفجر حتى تطلع الشمس وبعد العصر حتى تغرب الشمس لما روي ان النبي صلى الله تعالى عليه وسلم نهى عن ذلك ولا باس بان يصلي في هذين الوقتين الفوائت ويسجد للتلاوة ويصلي على الجنازة لان الكراهة كانت لحق الفرض ليصير الوقت كالمشغول به لا لمعنى في الوقت فلم يظهر في حق الفرائض وفيما وجب لعينه كسجدة التلاوة وظهر في حق المنذور لانه تعلق وجوبه بسبب من جهته وفي حق ركعتي الطواف وفي الذي شرع فيه ثم

الشمر افتح

الوتر

في بعض النسخ في تخصيص الفرائض بمكة

ناقصة

بيان

به

والصحيح ركعتي الطواف

افسد لان الوجوب لغيره وهو ختم الطواف وصيانة المؤدى ويكره ان يتنفل بعد طلوع
الفجر باكثر من ركعتي الفجر لانه عليه الصلوة والسلام لم يزد عليهما مع حرصه على الصلوة
ولا يتنفل بعد الغروب قبل الفرض لما فيه من تاخير المغرب ولا اذا خرج الامام للخطبة
يوم الجمعة الى ان يفرغ لما فيه من الاشتغال عن استماع الخطبة

باب الاذان

الاذان سنة للصلوات الخمس والجمعة للنقل المتواتر وصفة الاذان معروفة وهو كما
اذن الملك النازل من السماء ولا ترجيع فيه وهو ان يرجع فيرفع صوته بالشهادتين
بعد ما خفض بهما وقال الشافعي فيه ذلك لحديث ابي محذورة ان النبي عليه الصلوة والسلام
امره بالترجيع ولنا انه لا ترجيع في المشاهير وكان ما رواه تعليما فظنه ترجيعا ويزيد
في اذان الفجر بعد الفلاح الصلوة خير من النوم مرتين لان بلالا رضي الله تعالى عنه قال
الصلوة خير من النوم حين وجد النبي صلى الله تعالى عليه وسلم راقدا فقال عليه الصلوة والسلام
ما احسن هذا يا بلال اجعله في اذانك وخص الفجر به لانه وقت نوم وغفلة والاقامة
مثل الاذان الا انه يزيد فيها بعد الفلاح قد قامت الصلوة مرتين هكذا فعل الملك النازل
من السماء وهو المشهور ثم هو حجة على الشافعي في قوله انها فرادى فرادى الا قوله
قد قامت الصلوة ويترسل في الاذان ويحدر في الاقامة لقوله عليه الصلوة والسلام
لبلال رضي الله تعالى عنه اذا اذنت فترسل واذا اقمت فاحدر وهذا بيان الاستحباب
ويستقبل بهما القبلة لان النازل من السماء اذن مستقبل القبلة ولو ترك الاستقبال
جاز لحصول المقصود ويكره لمخالفة السنة ويحول وجهه للصلوة والفلاح يمنة ويسرة
لانه خطاب للقوم فيواجههم به وان استدار في صومعته فحسن ومراده اذا لم يستطع
تحويل وجهه يمينا وشمالا مع ثبات قدميه مكانهما كما هو السنة بان كانت الصومعة متسعة
فاما من غير حاجة فلا والافضل للمؤذن ان يجعل اصبعيه في اذنيه بذلك امر النبي عليه
الصلوة والسلام بلالا رض ولانه ابلغ في الاعلام وان لم يفعل فحسن لانها ليست بسنة
اصلية والتثويب في الفجر حي على الصلوة حي على الفلاح مرتين بين الاذان والاقامة
حسن ويكره في سائر الصلوات ومعناه العود الى الاعلام بعد الاعلام وهو على حسب
ما تعارفوه وهذا تثويب احدثه علماء الكوفة بعد عهد الصحابة رضي الله تعالى عنهم لتغير احوال
الناس وخصوا الفجر به لما قلنا والمتأخرون استحسنوه في الصلوات كلها لظهور التواني في الامور
الدينية وقال ابو يوسف لا ارى باسا ان يقول المؤذن للامير في الصلوات كلها السلام عليك
ايها الامير ورحمة الله وبركاته حي على الصلوة حي على الفلاح الصلوة يرحمك الله واستبعد

محمد لان الناس سواسية في امر الجماعة وابو يوسف خصهم بذلك لزيادة اشتغالهم
بامور المسلمين كيلا تفوتهم الجماعة وعلى هذا المفتي والقاضي ويجلس بين الاذان والاقامة
الا في المغرب وهذا عند ابي حنيفة وقالا يجلس في المغرب ايضا جلسة خفيفة لانه
لا بد من الفصل اذ الوصل مكروه ولا يقع الفصل بالسكتة لوجودها بين كلمات الاذان
فيفصل بالجلسة كما بين الخطبتين ولابي حنيفة ان التاخير مكروه فيكتفي بادنى الفصل
احترازا عنه والمكان في مسئلتنا مختلف وكذا النغمة فيقع الفصل بالسكتة ولا
كذلك الخطبة وقال الشافعي يفصل بركعتين اعتبارا بسائر الصلوات والفرق قد
ذكرناه قال يعقوب رايت ابا حنيفة يؤذن في المغرب ويقيم ولا يجلس وهذا يفيد
ما قلنا وان المستحب كون المؤذن عالما بالسنة لقوله عليه الصلوة والسلام ويؤذن
لكم خياركم ويؤذن للفائتة ويقيم لان النبي عليه الصلوة والسلام قضى الفجر غداة
ليلة التعريس باذان واقامة وهو حجة على الشافعي في اكتفائه بالاقامة فان فاتته
صلوات اذن للاولى واقام لما روينا وكان مخيرا في الثانية ان شاء اذن واقام
ليكون القضاء على حسب الاداء وان شاء اقتصر على الاقامة لان الاذان للاستحضار
وهم حضور قال رض وعن محمد انه يقام لما بعدها قالوا يجوز ان يكون هذا قولهم جميعا
وينبغي ان يؤذن ويقيم على طهر فان اذن على غير وضوء جاز لانه ذكر وليس بصلوة
فكان الوضوء فيه استحبابا كما في القراءة ويكره ان يقيم على غير وضوء لما فيه من الفصل
بين الاقامة والصلوة ويروى انه لا يكره الاقامة ايضا لانه احد الاذانين و
يروى يكره الاذان ايضا لانه يصير داعيا الى ما لا يجيب بنفسه ويكره ان يؤذن
وهو جنب رواية واحدة ووجه الفرق على احدى الروايتين ان للاذان
شبها بالصلوة فشرطت الطهارة عن اغلظ الحدثين دون اخفهما عملا بالشبهين
وفي الجامع الصغير اذا اذن على غير وضوء واقام لا يعيد والجنب احب الي ان
يعيد وان لم يعد اجزاه اما الاول فلخفة الحدث واما الثاني ففي الاعادة بسبب الجنابة
روايتان والاشبه ان يعاد الاذان ولا يعاد الاقامة لان تكرار الاذان
مشروع دون الاقامة وقوله ان لم يعد اجزاه يعني الصلوة لانها جائزة
بدون الاذان والاقامة وكذلك المراة تؤذن معناه يستحب ان يعاد ليقع على وجه
السنة لان باذانها لا يحصل المقصود وهو الاعلام لانها لا ترفع الصوت لكونه
عورة ولا يؤذن لصلوة قبل دخول وقتها ويعاد في الوقت لان الاذان للاعلام

وقبل الوقت يجهل وقال ابو يوسف وهو قول الشافعي يجوز في النصف الاخير من الليل
لتوارث اهل الحرمين والحجة على الكل قوله عليه الصلوة والسلام لبلال لا تؤذن حتى يستبين
لك الفجر هكذا ومد يديه عرضا والمسافر يؤذن ويقيم لقوله عليه الصلوة والسلام لابني
ابي مليكة اذا سافرتما فاذنا واقيما فان تركهما جميعا يكره ولو اكتفى بالاقامة جاز لان
الاذان لاستحضار الغائبين والرفقة حضور والاقامة لاعلام الافتتاح وهم اليه
محتاجون فان صلى في بيته في المصر يصلي باذان واقامة ليكون الاداء على هيئة الجماعة
وان تركهما جاز لقول ابن مسعود رضي الله تعالى عنه اذان الحي يكفينا

باب شروط الصلوة التي تتقدمها

يجب على المصلي ان يقدم الطهارة من الاحداث
والانجاس على ما قدمنا قال الله تعالى وثيابك فطهر وقال الله تعالى وان كنتم جنبا
فاطهروا ويستر عورته لقوله تعالى خذوا زينتكم عند كل مسجد اي ما يواري عورتكم عند كل
صلوة وقوله عليه الصلوة والسلام لا صلوة لحائض الا بخمار اي لبالغة وعورة الرجل
ما تحت السرة الى الركبة لقوله عليه الصلوة والسلام عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته
ويروى ما دون سرته حتى يجاوز ركبته وبهذا يتبين ان السرة ليست من العورة خلافا
لما يقوله الشافعي والركبة من العورة خلافا له ايضا وكلمة الى نحملها على كلمة مع عملا بكلمة
حتى او عملا بقوله عليه الصلوة والسلام الركبة من العورة وبدن الحرة كلها عورة الا
وجهها وكفيها لقوله عليه الصلوة والسلام المراة عورة مستورة واستثناء العضوين
للابتلاء بابدائهما قال رضـ وهذا تنصيص على ان القدم عورة ويروى انها ليست
بعورة وهو الاصح فان صلت وثلث ساقها او ربعها مكشوف تعيد الصلوة عند ابي حنيفة
ومحمد وان كان اقل من الربع لا تعيد وقال ابو يوسف لا تعيد ان كان اقل من النصف
لان الشي انما يوصف بالكثرة اذا كان ما يقابله اقل منه اذ هما من اسماء المقابلة وفي
النصف عنه روايتان فاعتبر الخروج عن حد القلة في الرواية المانعة لانه ليس بقليل
وعدم الدخول في ضده في غير المانعة لانه ليس بكثير ولهما ان الربع يحكي حكاية الكمال
كما في مسح الراس والحلق في الاحرام ومن راى وجه غيره يخبر عن رؤيته وان لم ير
الا احد جوانبه الاربعة والشعر والبطن والفخذ كذلك يعني على هذا الاختلاف
لان كل واحد عضو على حدة والمراد به النازل من الراس هو الصحيح وانما وضع غسله
في الجنابة لمكان الحرج والعورة الغليظة على هذا الاختلاف والذكر يعتبر بانفراده
وكذلك الانثيان وهذا هو الصحيح دون الضم وما كان عورة من الرجل فهو عورة

حاضرون

قال

كلها

وليس كلها ... كلها ... البدن ... الاصف ... العباسي ... الحكم ... المضاف ... عورة ... الطهيرية الصغيرة ... من باب ... العدد

من

من الامة وبطنها وظهرها عورة وما سوى ذلك من بدنها ليس بعورة لقول عمر رضي الله عنه
القي عنك الخمار يا دفار اتتشبهين بالحرائر ولانها تخرج لحاجة مولاها في ثياب
مهنتها عادة فاعتبر حالها بذوات المحارم في حق جميع الرجال دفعا للحرج
ومن لم يجد ما يزيل به النجاسة صلى معها ولم يعد وهذا على وجهين ان كان ربع
الثوب او اكثر منه طاهرا يصلي فيه ولو صلى عريانا لا يجزيه لان ربع الشي يقوم مقام
كله وان كان الطاهر اقل من الربع فكذلك عند محمد وهو احد قولي الشافعي لان
في الصلوة فيه ترك فرض واحد وفي الصلوة عاريا ترك الفروض وعند ابي حنيفة
وابي يوسف يتخير بين ان يصلي عريانا وبين ان يصلي فيه وهو الافضل لان كل واحد
مانع جواز الصلوة حالة الاختيار ويستويان في حق المقدار فيستويان في حكم الصلوة
وترك الشي الى خلف لا يكون تركا والافضلية لعدم اختصاص الستر بالصلوة
واختصاص الطهارة بها ومن لم يجد ثوبا صلى عريانا قاعدا يومي بالركوع والسجود
هكذا فعله اصحاب رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم فان صلى قائما اجزاه لان في القعود
ستر العورة الغليظة وفي القيام اداء هذه الاركان فيميل الى ايهما شاء الا ان الاول
افضل لان الستر وجب لحق الصلوة وحق الناس ولانه لا خلف له والايماء خلف
عن الاركان وينوي الصلوة التي يدخل فيها بنية لا يفصل بينها وبين التحريمة
بعمل والاصل فيه قوله عليه الصلوة والسلام الاعمال بالنيات ولان ابتداء الصلوة
بالقيام وهو متردد بين العادة والعبادة ولا يقع التميز الا بالنية والمتقدم على
التكبير كالقائم عنده اذا لم يوجد ما يقطعه وهو عمل لا يليق بالصلوة ولا معتبر
بالمتاخرة منها عنه لان ما مضى لا يقع عبادة لعدم النية وفي الصوم جوزت
للضرورة والنية هي الارادة والشرط ان يعلم بقلبه اي صلوة يصلي اما الذكر
باللسان فلا معتبر به ويحسن ذلك لاجتماع عزيمته ثم ان كانت الصلوة نفلا
يكفيه مطلق النية وكذا ان كانت سنة في الصحيح وان كانت فرضا لا بد من تعيين
الفرض كالظهر مثلا لاختلاف الفروض وان كان مقتديا بغيره ينوي الصلوة و
متابعته لانه يلزمه فساد الصلوة من جهة الامام فلا بد من التزامه ومن كان غائبا
ففرضه اصابة جهتها هو الصحيح لان التكليف بحسب الوسع ومن كان خائفا يصلي الى
اي جهة قدر لتحقق العذر فاشبه حالة الاشتباه فان اشتبهت عليه القبلة
وليس بحضرته من يساله عنها اجتهد لان الصحابة رضي الله تعالى عنهم تحروا وصلوا ولم ينكر

المهنة ... الخدمة والامة ... مهنة ... خدمتهم ... والكسر ١٢

لو

قال

فرض

قال ويستقبل القبلة لقوله عز وعلا فولوا وجوهكم شطره ثم من كان بمكة ففرضه اصابة عينها

... خمسة ... الكتب ... ذلك ... ١٢

عليهم رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم ولان العمل بالدليل الظاهر واجب عند انعدام دليل
فوقه والاستخبار فوق التحري فان علم انه اخطأ بعد ما صلى لا يعيدها وقال الشافعي يعيدها
اذا استدبر لتيقنه بالخطأ ونحن نقول ليس في وسعه الا التوجه الى جهة التحري و
التكليف مقيد بالوسع وان علم ذلك في الصلوة استدار الى القبلة لان اهل قبا
لما سمعوا بتحول القبلة استداروا كهيئتهم واستحسنه النبي صلى الله تعالى عليه وسلم وكذا اذا
تحول رأيه الى جهة اخرى توجه اليها لوجوب العمل بالاجتهاد فيما يستقبل من غير نقض
المؤدى قبله ومن أم قوما في ليلة مظلمة فتحرى القبلة وصلى الى المشرق وتحرى من خلفه
فصلى كل واحد منهم الى جهة وكلهم خلفه ولا يعلمون ما صنع الامام اجزأهم لوجود التوجه
الى جهة التحري وهذه المخالفة غير مانعة كما في جوف الكعبة ومن علم منهم بحال امامه
تفسد صلوته لانه اعتقد امامه على الخطأ وكذا لو كان متقدما عليه لتركه فرض المقام

باب صفة الصلوة

فرائض الصلوة ستة التحريمة لقوله تعالى وربك فكبر والمراد
تكبيرة الافتتاح والقيام لقوله تعالى وقوموا لله قانتين والقراءة لقوله تعالى
فاقرؤا ما تيسر من القرآن والركوع والسجود لقوله تعالى اركعوا واسجدوا والقعدة في
آخر الصلوة مقدار التشهد لقوله عليه الصلوة والسلام لابن مسعود حين علمه التشهد
اذا قلت هذا او فعلت هذا فقد تمت صلوتك علق التمام بالفعل قرأ او لم يقرأ وما
سوى ذلك فهو سنة اطلق اسم السنة وفيها واجبات كقراءة الفاتحة وضم السورة اليها
ومراعاة الترتيب فيما شرع مكررا من الافعال والقعدة الاولى وقراءة التشهد في آخرها
والقنوت في الوتر وتكبيرات العيدين والجهر فيما يجهر فيه والمخافتة فيما يخافت فيه ولهذا
تجب سجدتا السهو بتركها هذا هو الصحيح وتسميتها سنة في الكتاب لما انه ثبت وجوبها
بالسنة واذا شرع في الصلوة كبر لما تلونا وقال صلى الله تعالى عليه وسلم تحريمها التكبير
وهو شرط عندنا خلافا للشافعي حتى ان من تحرم للفرض كان له ان يؤدي بها التطوع
هو يقول يشترط لها ما يشترط لسائر الاركان وهذا آية الركنية ولنا انه عطف الصلوة
عليه في النص ومقتضاه المغايرة ولهذا لا يتكرر كتكرر الاركان ومراعاة الشرائط
لما يتصل به من القيام ويرفع يديه مع التكبير وهو سنة لان النبي صلى الله عليه وسلم واظب عليه
وهذا اللفظ يشير الى اشتراط المقارنة وهو المروي عن ابي يوسف والمحكي عن الطحاوي
والاصح انه يرفع اولا ثم يكبر لان فعله نفي الكبرياء عن غير الله والنفي مقدم على الاثبات
ويرفع يديه حتى يحاذي بابهاميه شحمتي اذنيه وعند الشافعي يرفع الى منكبيه وعلى هذا

تكبير

تكبيرة القنوت والاعياد والجنازة له حديث ابي حميد قال كان النبي عليه الصلوة والسلام
اذا كبر رفع يديه الى منكبيه ولنا رواية وائل والبراء وانس رضي الله عنهم ان النبي عليه السلام
كان اذا كبر رفع يديه حذاء اذنيه ولان رفع اليد لاعلام الاصم وهو بما قلناه وما
رواه يحمل على حالة العذر والمرأة ترفع حذاء منكبيها هو الصحيح لانه استر لها
فان قال بدل التكبير الله اجل او اعظم او الرحمن اكبر او لا اله الا الله او غيره من اسماء الله
اجزأه عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف ان كان يحسن التكبير لا يجزئه الا قوله الله اكبر
او الله الاكبر او الله الكبير وقال الشافعي لا يجوز الا بالاولين وقال مالك لا يجوز الا
بالاول لانه هو المنقول والاصل فيه التوقيف والشافعي يقول ادخال الالف واللام
ابلغ في الثناء فقام مقامه وابو يوسف يقول ان افعل وفعيلا في صفاته تعالى
سواء بخلاف ما اذا كان لا يحسن لانه لا يقدر الا على المعنى ولهما ان التكبير هو التعظيم
لغة وهو حاصل فان افتتح الصلوة بالفارسية او قرأ فيها بالفارسية او ذبح وسمى
بالفارسية وهو يحسن العربية اجزأه عند ابي حنيفة وقالا لا يجزئه الا في الذبيحة
خاصة وان لم يحسن العربية اجزأه اما الكلام في الافتتاح فمحمد مع ابي حنيفة في العربية
ومع ابي يوسف في الفارسية لان لغة العرب لها من المزية ما ليس لغيرها واما الكلام في
القراءة فوجه قولهما ان القرآن اسم لمنظوم عربي كما نطق به النص الا ان عند العجز يكتفي
بالمعنى كالايماء بخلاف التسمية لان الذكر يحصل بكل لسان ولابي حنيفة قوله تعالى وانه
لفي زبر الاولين ولم يكن فيها بهذه اللغة ولهذا يجوز عند العجز الا انه يصير مسيئا
لمخالفته السنة المتوارثة ويجوز باي لسان كان سوى الفارسية هو الصحيح لما تلونا والمعنى
لا يختلف باختلاف اللغات والخلاف في الاعتداد ولا خلاف انه لا فساد ويروى
رجوعه في اصل المسئلة الى قولهما وعليه الاعتماد والخطبة والتشهد على هذا الاختلاف وفي الاذان
يعتبر التعارف وان افتتح الصلوة باللهم اغفر لي لم يجزه لانه مشوب بحاجته فلم يكن
تعظيما خالصا ولو قال اللهم فقد قيل يجزئه لان معناه يا الله وقد قيل لا يجزئه لان
معناه يا الله آمنا بخير فكان سؤالا ويعتمد بيده اليمنى على اليسرى تحت السرة
لقوله عليه الصلوة والسلام ان من السنة وضع اليمين على الشمال تحت السرة وهو حجة على
مالك في الارسال وعلى الشافعي في الوضع على الصدر ولان الوضع تحت السرة اقرب الى
التعظيم وهو المقصود ثم الاعتماد سنة القيام عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
حتى لا يرسل حالة الثناء والاصل ان كل قيام فيه ذكر مسنون يعتمد فيه وما لا فلا هو الصحيح

فيعتمد في حالة القنوت وصلوة الجنازة ويرسل في القومة وبين تكبيرات الاعياد قال
ثم يقول سبحانك اللهم وبحمدك الخ وعن ابي يوسف انه يضم اليه قوله وجهت وجهي الخ لآخر
لرواية علي رضي الله تعالى عنه انه صلى الله تعالى عليه وسلم كان يقول ذلك ولهما رواية انس رضي
ان النبي عليه الصلوة والسلام كان اذا افتتح الصلوة كبر وقرأ سبحانك اللهم وبحمدك الى آخره
ولا يزيد على هذا وما رواه محمول على التهجد وقوله جل ثناؤك لم يذكر في المشاهير
فلا يأتي به في الفرائض والاولى ان لا يأتي بالتوجه قبل التكبير ليتصل النية به هو الصحيح
ويستعيذ بالله من الشيطان الرجيم لقوله تعالى فاذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان
الرجيم معناه اذا اردت قراءة القرآن والاولى ان يقول استعيذ بالله من الشيطان الرجيم
ليوافق القرآن ويقرب منه اعوذ بالله ثم التعوذ تبع للقراءة دون الثناء عند ابي حنيفة
ومحمد لما تلونا حتى يأتي به المسبوق دون المقتدي ويؤخر عن تكبيرات العيد قال
ويقرأ بسم الله الرحمن الرحيم هكذا نقل في المشاهير ويسر بهما لقول ابن مسعود رض
اربع يخفيهن الامام وذكر منها التعوذ والتسمية وآمين وقال الشافعي يجهر بالتسمية
عند الجهر بالقراءة لما روي عن النبي عليه الصلوة والسلام انه جهر في صلوته بالتسمية
قلنا هو محمول على التعليم لان انسا رضي الله تعالى عنه اخبر انه عليه الصلوة والسلام كان لا
يجهر بها ثم عن ابي حنيفة انه لا يأتي بها في اول كل ركعة كالتعوذ وعنه انه يأتي بها
احتياطا وهو قولهما ولا يأتي بها بين السورة والفاتحة الا عند محمد فانه يأتي بها
في صلوة المخافتة ثم يقرأ فاتحة الكتاب وسورة او ثلث آيات من اي سورة شاء فقراءة
الفاتحة لا تتعين ركنا عندنا وكذا ضم السورة اليها خلافا للشافعي في
الفاتحة ولمالك فيهما له قوله عليه الصلوة والسلام لا صلوة الا بفاتحة الكتاب وسورة
معها وللشافعي قوله عليه الصلوة والسلام لا صلوة الا بفاتحة الكتاب ولنا قوله تعالى
فاقرؤا ما تيسر من القرآن والزيادة عليه بخبر الواحد لا يجوز لكنه يوجب العمل فقلنا بوجوبهما
واذا قال الامام ولا الضالين قال آمين ويقولها المؤتم لقوله عليه الصلوة والسلام اذا
امن الامام فامنوا ولا متمسك لمالك في قوله عليه الصلوة والسلام اذا قال الامام ولا الضالين
فقولوا آمين من حيث القسمة لانه قال في آخره فان الامام يقولها قال ويخفونها لما روينا
من حديث ابن مسعود رض ولانه دعاء فيكون مبناه على الاخفاء والمد والقصر فيه
وجهان والتشديد فيه خطأ فاحش قال ثم يكبر ويركع وفي الجامع الصغير يكبر مع الانحطاط
لان النبي صلى الله تعالى عليه وسلم كان يكبر عند كل خفض ورفع ويحذف التكبير حذفا لان

احتياطا

المد

المد في اوله خطأ من حيث الدين لكونه استفهاما وفي آخره لحن من حيث اللغة ويعتمد
بيديه على ركبتيه ويفرج بين اصابعه لقوله عليه الصلوة والسلام لانس رضي الله عنه اذا ركعت
فضع يديك على ركبتيك وفرج بين اصابعك ولا يندب الى التفريج الا في هذه الحالة
ليكون امكن من الاخذ ولا الى الضم الا في حالة السجود وفيما وراء ذلك يترك على العادة
ويبسط ظهره لان النبي صلى الله تعالى عليه وسلم كان اذا ركع بسط ظهره ولا يرفع رأسه
ولا ينكسه لان النبي عليه الصلوة والسلام كان اذا ركع لا يصوب رأسه ولا يقنعه
ويقول سبحان ربي العظيم ثلثا وذلك ادناه لقوله عليه الصلوة والسلام اذا ركع احدكم
فليقل في ركوعه سبحان ربي العظيم ثلثا وذلك ادناه اي ادنى كمال الجمع ثم يرفع
رأسه ويقول سمع الله لمن حمده ويقول المؤتم ربنا لك الحمد ولا يقولها الامام عند ابي حنيفة
وقالا يقولها في نفسه لما روى ابو هريرة رض ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يجمع بين
الذكرين ولانه حرض غيره فلا ينسى نفسه وله قوله عليه الصلوة والسلام اذا قال الامام
سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد هذه قسمة وانها تنافي الشركة ولهذا لا يأتي المؤتم
بالتسميع عندنا خلافا للشافعي ولانه يقع تحميده بعد تحميد المقتدي وهو خلاف موضوع الامامة
والذي رواه محمول على حالة الانفراد والمنفرد يجمع بينهما في الاصح وان كان يروى
الاكتفاء بالتسميع ويروى بالتحميد والامام بالدلالة عليه آت به معنى ثم اذا استوى
قائما كبر وسجد اما التكبير والسجود فلما بينا واما الاستواء قائما فليس بفرض وكذا
الجلسة بين السجدتين والطمانينة في الركوع والسجود وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال ابو يوسف يفترض ذلك كله وهو قول الشافعي لقوله عليه الصلوة والسلام قم فصل فانك
لم تصل قاله لاعرابي حين اخف الصلوة ولهما ان الركوع هو الانحناء والسجود
الانخفاض لغة فتتعلق الركنية بالادنى فيهما وكذا في الانتقال اذ هو غير مقصود
وفي آخر ما روى تسميته اياه صلوة حيث قال وما نقصت من هذا شيئا فقد نقصت من
صلوتك ثم القومة والجلسة سنة عندهما وكذا الطمانينة في تخريج الجرجاني وفي تخريج
الكرخي واجبة حتى تجب سجدتا السهو بتركها عنده ويعتمد بيديه على الارض لان وائل بن
حجر رضي الله تعالى عنه وصف صلوة رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم فسجد وادعم على راحتيه
ورفع عجيزته ووضع وجهه بين كفيه ويديه حذاء اذنيه لما روي انه عليه الصلوة والسلام فعل
كذلك ويسجد على انفه وجبهته لان النبي عليه الصلوة والسلام واظب عليه فان اقتصر
على احدهما جاز عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز الاقتصار على الانف الا من عذر

وهو رواية عنه لقوله عليه الصلاة والسلام امرت ان اسجد على سبعة اعظم وعد منها الجبهة
ولابي حنيفة ان السجود يتحقق بوضع بعض الوجه وهو المأمور به الا ان الخد والذقن خارج
والمذكور فيما روى الوجه في المشهور ووضع اليدين والركبتين سنة عندنا لتحقق السجود
دونهما واما وضع القدمين فقد ذكر القدوري انه فريضة في السجود فان سجد على كور
عمامته او فاضل ثوبه جاز لان النبي صلى الله تعالى عليه وسلم كان يسجد على كور عمامته ويروى
انه عليه الصلاة والسلام صلى في ثوب واحد يتقي بفضوله حر الارض وبردها ويبدي
ضبعيه لقوله عليه الصلاة والسلام وابد ضبعيك ويروى وابدد من الابداد وهو المد
والاول من الابداء وهو الاظهار ويجافي بطنه عن فخذيه لان النبي عليه الصلاة والسلام
كان اذا سجد جافى حتى ان بهمة لو ارادت ان تمر بين يديه لمرت وقيل اذا كان في الصف
لا يجافي كيلا يؤذي جاره ويوجه اصابع رجليه نحو القبلة لقوله عليه الصلاة والسلام
اذا سجد المؤمن سجد كل عضو منه فليوجه من اعضائه القبلة ما استطاع ويقول في سجوده
سبحان ربي الاعلى ثلثا وذلك ادناه لقوله عليه الصلاة والسلام اذا سجد احدكم فليقل
في سجوده سبحان ربي الاعلى ثلثا وذلك ادناه اي ادنى كمال الجمع ويستحب ان يزيد على الثلث
في الركوع والسجود بعد ان يختم بالوتر وان كان اماما لا يزيد على وجه يمل القوم حتى
لا يؤدي الى التنفير ثم تسبيحات الركوع والسجود سنة لان النص تناولهما دون تسبيحاتهما
فلا يزاد على النص والمرأة تنخفض في سجودها وتلزق بطنها بفخذيها لان ذلك استر لها
ثم يرفع رأسه ويكبر لما روينا فاذا اطمأن جالسا كبر وسجد لقوله عليه الصلاة والسلام في
حديث الاعرابي ثم ارفع رأسك حتى تستوي جالسا ولو لم يستو جالسا وسجد اخرى
اجزاه عند ابي حنيفة ومحمد وقد ذكرناه وتكلموا في مقدار الرفع والاصح انه اذا
كان الى السجود اقرب لا يجوز لانه يعد ساجدا وان كان الى الجلوس اقرب جاز لانه
يعد جالسا فتتحقق الثانية فاذا اطمأن ساجدا كبر وقد ذكرناه واستوى قائما على
صدور قدميه ولا يقعد ولا يعتمد بيديه على الارض وقال الشافعي يجلس جلسة خفيفة
ثم ينهض معتمدا على الارض لما روي انه عليه الصلاة والسلام فعل ذلك ولنا حديث ابي هريرة
ان النبي صلى الله عليه وسلم كان ينهض في الصلاة على صدور قدميه وما رواه محمول على
حالة الكبر ولان هذه قعدة استراحة والصلاة ما وضعت لها ويفعل في الثانية
ما فعل في الركعة الاولى لانه تكرار الاركان الا انه لا يستفتح ولا يتعوذ لانهما لم يشرعا
الا مرة ولا يرفع يديه الا في التكبيرة الاولى خلافا للشافعي في الركوع والرفع منه لقوله

لانه عليه الصلاة والسلام كان يختم بالوتر م

علي

عليه الصلاة والسلام لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن تكبيرة الافتتاح وتكبيرة القنوت
وتكبيرات العيدين وذكر الاربع في الحج والذي يروى من الرفع محمول على الابتداء
كذا نقل عن ابن الزبير رضي الله عنهما واذا رفع رأسه من السجدة الثانية افترش رجله اليسرى
فجلس عليها ونصب اليمنى نصبا ووجه اصابعه نحو القبلة هكذا وصفت عائشة رضي الله عنها
قعود رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلاة ووضع يديه على فخذيه وبسط اصابعه وتشهد
يروى ذلك في حديث وائل رض ولان فيه توجيه اصابع يديه الى القبلة وان كانت امرأة
جلست على اليتها اليسرى واخرجت رجليها من الجانب الايمن لانه استر لها والتشهد
التحيات لله والصلوات والطيبات السلام عليك ايها النبي ورحمة الله وبركاته السلام
علينا وعلى عباد الله الصالحين اشهد ان لا اله الا الله واشهد ان محمدا عبده ورسوله
وهذا تشهد عبد الله بن مسعود رض فانه قال اخذ النبي صلى الله تعالى عليه وسلم بيدي وعلمني
التشهد كما كان يعلمني سورة من القرآن وقال قل التحيات لله الى آخره والاخذ بهذا اولى
من الاخذ بتشهد ابن عباس رضي الله تعالى عنهما وهو قوله التحيات المباركات الصلوات
الطيبات لله سلام عليك ايها النبي ورحمة الله وبركاته سلام علينا الى آخره لان فيه الامر
واقله الاستحباب والالف واللام وهما للاستغراق وزيادة الواو وهي لتجديد الكلام
كما في القسم وتأكيد التعليم ولا يزيد على هذا في القعدة الاولى لقول ابن مسعود رض
علمني رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم التشهد في وسط الصلاة وآخرها فاذا كان
وسط الصلاة نهض اذا فرغ من التشهد واذا كان آخر الصلاة دعا لنفسه بما شاء
ويقرأ في الركعتين الاخريين بفاتحة الكتاب وحدها لحديث ابي قتادة رض ان النبي عليه السلام
قرأ في الاخريين بفاتحة الكتاب وحدها وهذا بيان الافضل هو الصحيح لان القراءة فرض في
الركعتين على ما يأتيك من بعد ان شاء الله تعالى وجلس في الاخيرة كما جلس في الاولى
لما روينا من حديث وائل وعائشة رضي الله عنهما ولانها اشق على البدن من التورك الذي
يميل اليه مالك والذي يروى ان النبي عليه الصلاة والسلام قعد متوركا ضعفه الطحاوي
او يحمل على حالة الكبر وتشهد وهو واجب عندنا وصلى على النبي صلى الله عليه وسلم وهو
ليس بفرض عندنا خلافا للشافعي فيهما لقوله عليه الصلاة والسلام اذا قلت هذا او فعلت هذا
فقد تمت صلوتك ان شئت ان تقوم فقم وان شئت ان تقعد فاقعد والصلاة على النبي
خارج الصلاة واجبة اما مرة كما قاله الكرخي او كلما ذكر النبي صلى الله عليه وسلم كما
اختاره الطحاوي فكفينا مؤنة الامر والفرض المروي في التشهد هو التقدير ودعا

في الركعة الثانية م

ان نه

واحدة م

بما شاء مما يشبه الفاظ القرآن والادعية المأثورة لما روينا من حديث ابن مسعود رضي
وقال له النبي صلى الله عليه وسلم ثم اختر من الدعاء اعجبها واطيبها اليك ويبدا بالصلوة
على النبي عليه الصلوة والسلام ليكون اقرب الى الاجابة ولا يدعو بما يشبه كلام الناس
تحرزا عن الفساد ولهذا ياتي بالماثور المحفوظ وما لا يستحيل سؤاله من العباد كقوله
اللهم زوجني فلانة يشبه كلامهم وما يستحيل كقوله اللهم اغفر لي ليس من كلامهم و
قوله اللهم ارزقني من قبيل الاول لاستعمالهم فيما بين العباد يقال رزق الامير الجيش
ثم يسلم عن يمينه فيقول السلام عليكم ورحمة الله وعن يساره مثل ذلك لما روى ابن مسعود رضي
ان النبي صلى الله تعالى عليه وسلم كان يسلم عن يمينه حتى يرى بياض خده الايمن وعن يساره
حتى يرى بياض خده الايسر وينوي من عن يمينه من الرجال والنساء والحفظة وكذلك
في الثانية لان الاعمال بالنيات ولا ينوي النساء في زماننا ولا من لا شركة له في
صلوته هو الصحيح لان الخطاب حظ الحاضرين ولا بد للمقتدي من نية امامه فان كان
الامام في الجانب الايمن او الايسر نواه فيهم وان كان بحذائه نواه في الاولى عند ابي يوسف
ترجيحا للجانب الايمن وعند محمد وهو رواية عن ابي حنيفة نواه فيهما لانه ذو حظ من
الجانبين والمنفرد ينوي الحفظة لا غير لانه ليس معه سواهم والامام ينوي بالتسليمتين
هو الصحيح ولا ينوي في الملائكة عددا محصورا لان الاخبار في عددهم قد اختلفت
فاشبه الايمان بالانبياء صلوات الله تعالى عليهم ثم اصابة لفظة السلام واجبة عندنا
وليست بفرض خلافا للشافعي وهو تمسك بقوله عليه الصلوة والسلام تحريمها التكبير
وتحليلها التسليم ولنا ما روينا من حديث ابن مسعود والتخيير ينافي الفرضية والوجوب
الا انا اثبتنا الوجوب بما رواه احتياطا وبمثله لا تثبت الفرضية

فصل في القراءة

ويجهر بالقراءة في الفجر والركعتين الاوليين من المغرب والعشاء ان
كان اماما ويخفي في الاخريين هذا هو المتوارث فان كان منفردا فهو مخير ان شاء
جهر واسمع نفسه لانه امام في حق نفسه وان شاء خافت لانه ليس خلفه من يسمعه والافضل
هو الجهر ليكون الاداء على هيئة الجماعة ويخفيها الامام في الظهر والعصر وان كان
بعرفة لقوله عليه الصلوة والسلام صلوة النهار عجماء اي ليست فيها قراءة مسموعة وفي
عرفة خلاف مالك والحجة عليه ما روينا ويجهر في الجمعة والعيدين لورود النقل المستفيض
بالجهر وفي التطوع بالنهار يخافت وفي الليل يتخير اعتبارا بالفرض في حق المنفرد وهذا
لانه مكمل له فيكون تبعا ومن فاتته العشاء فصلاها بعد طلوع الشمس ان ام فيها جهر

كما فعل رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم حين قضى الفجر غداة ليلة التعريس بجماعة وان كان
وحده خافت ولا يتخير هو الصحيح لان الجهر يختص اما بالجماعة حتما او بالوقت في حق المنفرد
على وجه التخيير ولم يوجد احدهما ومن قرا في العشاء في الاوليين السورة ولم يقرا
بفاتحة الكتاب لم يعد في الاخريين وان قرا الفاتحة ولم يزد عليها قرا في الاخريين
الفاتحة والسورة وجهر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يقضي واحدة منهما
لان الواجب اذا فات عن وقته لا يقضى الا بدليل ولهما وهو الفرق بين الوجهين
ان قراءة الفاتحة شرعت على وجه يترتب عليها السورة فلو قضاها في الاخريين يترتب
الفاتحة على السورة وهذا خلاف الموضوع بخلاف ما اذا ترك السورة لانه امكن قضاؤها
على الوجه المشروع ثم ذكر هنا ما يدل على الوجوب وفي الاصل بلفظ الاستحباب
لانها ان كانت مؤخرة فغير موصولة بالفاتحة فلم يمكن مراعاة موضوعها من كل وجه
ويجهر بهما هو الصحيح لان الجمع بين الجهر والمخافتة في ركعة واحدة شنيع وتغيير
النفل وهو الفاتحة اولى ثم المخافتة ان يسمع نفسه والجهر ان يسمع غيره وهذا
عند الهندواني لان مجرد حركة اللسان لا يسمى قراءة بدون الصوت وقال الكرخي
تصحيح الحروف لان القراءة فعل اللسان دون الصماخ وفي لفظ الكتاب اشارة
الى هذا وعلى هذا الاصل كل ما يتعلق بالنطق كالطلاق والعتاق والاستثناء وغير
ذلك وادنى ما يجزي من القراءة في الصلوة اية عند ابي حنيفة وقالا ثلث ايات
قصار او اية طويلة لانه لا يسمى قارئا بدونه فاشبه قراءة ما دون الاية وله قوله تعالى
فاقرؤوا ما تيسر من القرآن من غير فصل الا ان ما دون الاية خارج والاية ليست
في معناه وفي السفر يقرا بفاتحة الكتاب واي سورة شاء لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم
قرا في صلوة الفجر في السفر بالمعوذتين ولان للسفر اثرا في اسقاط شطر الصلوة فلان
يؤثر في تخفيف القراءة اولى وهذا اذا كان على عجلة من السير فان كان على امنة و
قرار يقرا في الفجر نحو سورة البروج وانشقت لانه يمكنه مراعاة السنة مع التخفيف
ويقرا في الحضر في الفجر في الركعتين باربعين اية او خمسين اية سوى فاتحة الكتاب ويروى
من اربعين الى ستين ومن ستين الى مائة وبكل ذلك ورد الاثر ووجه التوفيق انه
يقرا بالراغبين مائة وبالكسالى اربعين وبالاوساط ما بين خمسين الى ستين وقيل ينظر
الى طول الليالي وقصرها والى كثرة الاشغال وقلتها وفي الظهر مثل ذلك لاستوائهما
في سعة الوقت وقال في الاصل او دونه لانه وقت الاشتغال فينقص عنه تحرزا عن الملال

وفي العصر والعشاء سواء يقرأ فيهما باوساط المفصل وفي المغرب دون ذلك يقرأ فيها بقصار المفصل والاصل فيه كتاب عمر رضي الله تعالى عنه الى ابي موسى الاشعري ان اقرأ في الفجر والظهر بطوال المفصل وفي العصر والعشاء باوساط المفصل وفي المغرب بقصار المفصل ولان مبنى المغرب على العجلة والتخفيف اليق بها والعصر والعشاء يستحب فيهما التاخير وقد يقعان بالتطويل في وقت غير مستحب فيوقت فيهما بالاوساط ويطيل الركعة الاولى من الفجر على الثانية اعانة للناس على ادراك الجماعة وركعتا الظهر سواء عندهما وقال محمد احب الي ان يطول الركعة الاولى على الثانية في الصلوات كلها لما روي ان النبي عليه الصلوة والسلام كان يطيل الركعة الاولى على غيرها في الصلوات كلها ولهما ان الركعتين استويا في استحقاق القراءة فيستويان في المقدار بخلاف الفجر لانه وقت نوم وغفلة والحديث محمول على الاطالة من حيث الثناء والتعوذ والتسمية ولا معتبر بالزيادة والنقصان بما دون ثلث آيات لعدم امكان الاحتراز عنه من غير حرج وليس في شيء من الصلوات قراءة سورة بعينها لا يجوز غيرها لاطلاق ما تلونا ويكره ان يوقت بشيء من القران لشيء من الصلوات لما فيه من هجر الباقي وايهام التفضيل ولا يقرأ المؤتم خلف الامام خلافا للشافعي في الفاتحة له ان القراءة ركن من الاركان فيشتركان فيه ولنا قوله عليه الصلوة والسلام من كان له امام فقراءة الامام له قراءة وعليه اجماع الصحابة رضوان الله تعالى عليهم وهو ركن مشترك بينهما لكن حظ المقتدي الانصات والاستماع قال صلى الله عليه وسلم واذا قرأ فانصتوا ويستحسن على سبيل الاحتياط فيما يروى عن محمد ويكره عندهما لما فيه من الوعيد ويستمع وينصت وان قرأ الامام اية الترغيب والترهيب لان الاستماع فرض بالنص والقراءة وسؤال الجنة والتعوذ من النار كل ذلك مخل به وكذلك في الخطبة وكذلك ان صلى على النبي صلى الله عليه وسلم لفرضية الاستماع الا ان يقرأ الخطيب قوله تعالى يا ايها الذين امنوا صلوا عليه وسلموا تسليما فيصلي السامع في نفسه واختلفوا في النائي عن المنبر والاحوط هو السكوت اقامة لفرض الانصات

باب الامامة

الجماعة سنة مؤكدة لقوله عليه الصلوة والسلام الجماعة من سنن الهدى لا يتخلف عنها الا منافق واولى الناس بالامامة اعلمهم بالسنة وعن ابي يوسف اقرؤهم لان القراءة لا بد منها والحاجة الى العلم اذا نابت نائبة ونحن نقول القراءة مفتقر اليها لركن واحد والعلم لسائر الاركان فان تساووا فاقرؤهم لقوله عليه الصلوة والسلام يؤم القوم اقرؤهم لكتاب الله

فان

فان كانوا سواء فاعلمهم بالسنة واقرؤهم لانهم كانوا يتلقونه باحكامه فقدم في الحديث ولا كذلك في زماننا فقدمنا الاعلم فان تساووا فاورعهم لقوله صلى الله عليه وسلم من صلى خلف عالم تقي فكانما صلى خلف نبي فان تساووا فاسنهم لقوله عليه الصلوة والسلام وليؤمكما اكبركما سنا ولان في تقديمه تكثير الجماعة ويكره تقديم العبد لانه لا يتفرغ للتعلم والاعرابي لان الغالب فيهم الجهل والفاسق لانه لا يهتم لامر دينه والاعمى لانه لا يتوقى النجاسة وولد الزنا لانه ليس له اب يفقهه فيغلب عليه الجهل ولان في تقديم هؤلاء تنفير الجماعة فيكره وان تقدموا جاز لقوله عليه الصلوة والسلام صلوا خلف كل بر وفاجر ولا يطول الامام بهم الصلوة لقوله عليه السلام من ام قوما فليصل بهم صلوة اضعفهم فان فيهم المريض والكبير وذا الحاجة ويكره للنساء ان يصلين وحدهن جماعة لانه لا يخلو عن ارتكاب محرم وهو قيام الامام وسط الصف فيكره كالعراة وان فعلن قامت الامام وسطهن لان عائشة رضي الله عنها فعلت كذلك وحمل فعلها الجماعة على ابتداء الاسلام ولان في التقدم زيادة الكشف ومن صلى مع واحد اقامه عن يمينه لحديث ابن عباس رضي الله عنهما فانه عليه الصلوة والسلام صلى به واقامه عن يمينه ولا يتأخر عن الامام وعن محمد رح انه يضع اصابعه عند عقب الامام والاول هو الظاهر فان صلى خلفه او في يساره جاز وهو مسيء لانه خالف السنة وان ام اثنين تقدم عليهما وعن ابي يوسف يتوسطهما ونقل ذلك عن عبد الله بن مسعود رض ولنا انه صلى الله تعالى عليه وسلم تقدم على انس واليتيم حين صلى بهما فهذا للافضلية والاثر دليل الاباحة ولا يجوز للرجال ان يقتدوا بامرأة او صبي اما المرأة فلقوله عليه الصلوة والسلام اخروهن من حيث اخرهن الله فلا يجوز تقديمها واما الصبي فلانه متنفل فلا يجوز اقتداء المفترض به وفي التراويح والسنن المطلقة جوزه مشايخ بلخ رحمهم الله تعالى ولم يجوزه مشايخنا ومنهم من حقق الخلاف في النفل المطلق بين ابي يوسف وبين محمد رحمهما الله تعالى والمختار انه لا يجوز في الصلوات كلها لان نفل الصبي دون نفل البالغ حيث لا يلزمه القضاء بالافساد بالاجماع ولا يبنى القوي على الضعيف بخلاف المظنون لانه مجتهد فيه فاعتبر العارض عدما وبخلاف اقتداء الصبي بالصبي لان الصلوة متحدة ويصف الرجال ثم الصبيان ثم النساء لقوله عليه الصلوة والسلام ليليني منكم اولو الاحلام والنهى ولان المحاذاة مفسدة فيؤخرن وان حاذته امرأة وهما مشتركان في صلوة واحدة فسدت صلوته

كان اعلمهم

وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف

ان نوى الامام امامتها والقياس ان لا تفسد وهو قول الشافعي اعتبارا بصلوتها
حيث لا تفسد وجه الاستحسان ما رويناه وانه من المشاهير وهو المخاطب به دونها
فيكون هو التارك لفرض المقام فيفسد صلوته دون صلوتها كالماموم اذا تقدم
على الامام وان لم ينو امامتها لم تضره ولا تجوز صلوتها لان الاشتراك لا يثبت
دونها عندنا خلافا لزفر الا ترى انه يلزمه الترتيب في المقام فيتوقف على التزامه
كالاقتداء وانما يشترط نية الامامة اذا ائتمت محاذية وان لم يكن بجنبها رجل
ففيه روايتان والفرق على احديهما ان الفساد في الاول لازم وفي الثاني محتمل
ومن شرائط المحاذاة ان تكون الصلوة مشتركة وان تكون مطلقة وان تكون من اهل الشهوة
وان لا يكون بينهما حائل لانها عرفت مفسدة بالنص بخلاف القياس فيراعى جميع ما
ورد به ويكره لهن حضور الجماعات يعني الشواب منهن لما فيه من خوف الفتنة ولا باس
للعجوز ان تخرج في الفجر والمغرب والعشاء وهذا عند ابي حنيفة وقالا يخرجن في الصلوات كلها
لانه لا فتنة لقلة الرغبة فلا يكره كما في العيد وله ان فرط الشبق حامل فتقع الفتنة غير
ان الفساق انتشارهم في الظهر والعصر والجمعة اما في الفجر والعشاء فهم نائمون و
في المغرب بالطعام مشغولون والجبانة متسعة فيمكنها الاعتزال عن الرجال فلا يكره
ولا يصلي الطاهر خلف من هو في معنى المستحاضة ولا الطاهرة خلف المستحاضة لان
الصحيح اقوى حالا من المعذور والشيء لا يتضمن ما هو فوقه والامام ضامن بمعنى تضمن
صلوته صلوة المقتدي ولا يصلي القارئ خلف الامي ولا المكتسي خلف العاري لقوة
حالهما ويجوز ان يؤم المتيمم المتوضئين وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رح
لا يجوز لانه طهارة ضرورية والطهارة بالماء اصلية ولهما انه طهارة مطلقة و
لهذا لا يتقدر بقدر الحاجة ويؤم الماسح الغاسلين لان الخف مانع سراية الحدث
الى القدم وما حل بالخف يزيله المسح بخلاف المستحاضة لان الحدث لم يعتبر شرعا مع قيامه
حقيقة ويصلي القائم خلف القاعد وقال محمد لا يجوز وهو القياس لقوة حال
القائم ونحن تركناه بالنص وهو ما روي انه عليه الصلوة والسلام صلى آخر صلوته قاعدا
والقوم خلفه قيام ويصلي الموميء خلف مثله لاستوائهما في الحال الا ان يومي المؤتم
قاعدا والامام مضطجعا لان القعود معتبر فثبت به القوة ولا يصلي الذي يركع ويسجد
خلف الموميء لان حال المقتدي اقوى وفيه خلاف زفر ولا يصلي المفترض خلف
المتنفل لان الاقتداء بناء ووصف الفرضية معدوم في حق الامام فلا يتحقق البناء

المراة م
النص خ
وهو من به سلس البول
والقوم خ

على

على المعدوم ولا من يصلي فرضا خلف من يصلي فرضا آخر لان الاقتداء شركة وموافقة
فلا بد من الاتحاد وعند الشافعي يصح في جميع ذلك لان الاقتداء عنده اداء على سبيل
الموافقة وعندنا معنى التضمن مراعى ويصلي المتنفل خلف المفترض لان الحاجة في حقه
الى اصل الصلوة وهو موجود في حق الامام فيتحقق البناء ومن اقتدى بامام ثم
علم ان امامه محدث اعاد لقوله عليه الصلوة والسلام من ام قوما ثم ظهر انه كان محدثا
او جنبا اعاد صلوته واعادوا وفيه خلاف الشافعي بناء على ما تقدم ونحن نعتبر
معنى التضمن وذلك في الجواز والفساد واذا صلى امي بقوم اميين وبقوم يقرؤن
فصلوتهم فاسدة عند ابي حنيفة وقالا صلوة الامام ومن لا يقرأ تامة لانه معذور
ام قوما معذورين وغير معذورين فصار كما اذا ام العاري عراة ولابسين
وله ان الامام ترك فرض القراءة مع القدرة عليها فتفسد صلوته وهذا لانه لو اقتدى
بالقارئ يكون قراءته قراءة له بخلاف تلك المسئلة وامثالها لان الموجود في حق
الامام لا يكون موجودا في حق المقتدي ولو كان يصلي الامي وحده والقارئ وحده
جاز هو الصحيح لانه لم يظهر منهما رغبة في الجماعة فان قرأ الامام في الاوليين ثم قدم
في الاخريين اميا فسدت صلوتهم وقال زفر لا تفسد لتأدي فرض القراءة ولنا
ان كل ركعة صلوة فلا تخلى عن القراءة اما تحقيقا او تقديرا ولا تقدير في حق
الامي لانعدام الاهلية وكذا على هذا لو قدمه في التشهد

باب الحدث في الصلوة

ومن سبقه الحدث في الصلوة انصرف فان كان اماما استخلف وتوضأ وبنى والقياس
ان يستقبل وهو قول الشافعي لان الحدث ينافيها والمشي والانحراف يفسدانها
فاشبه الحدث العمد ولنا قوله عليه الصلوة والسلام من قاء او رعف او امذى في صلوته
فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلوته ما لم يتكلم وقال عليه الصلوة والسلام اذا صلى
احدكم فقاء او رعف فليضع يده على فمه وليقدم من لم يسبق بشيء والبلوى
فيما يسبق دون ما يتعمده فلا يلحق به والاستيناف افضل تحرزا عن شبهة الخلاف
وقيل ان المنفرد يستقبل والامام والمقتدي يبنيان صيانة لفضيلة الجماعة والمنفرد
ان شاء اتم في منزله وان شاء عاد الى مكانه والمقتدي يعود الى مكانه الا ان يكون
امامه قد فرغ او لا يكون بينهما حائل ومن ظن انه احدث فخرج من المسجد ثم علم انه
لم يحدث استقبل الصلوة وان لم يكن خرج من المسجد يصلي ما بقي والقياس فيهما
الاستقبال وهو رواية عن محمد لوجود الانصراف من غير عذر وجه الاستحسان انه انصرف

بقوم يقرؤن وبقوم اميين
الخلاف خ م
يبني خ م

على قصد الاصلاح الا يرى انه لو تحقق ما توهمه بنى على صلوته فالحق قصد الاصلاح
بحقيقته ما لم يختلف المكان بالخروج وان كان استخلف فسدت لانه عمل كثير من غير عذر
وهذا بخلاف ما اذا ظن انه افتتح على غير وضوء فانصرف حيث تفسد صلوته وان لم
يخرج لان الانصراف على سبيل الرفض الا يرى انه لو تحقق ما توهمه يستقبله فهذا
هو الحرف ومكان الصفوف في الصحراء له حكم المسجد ولو تقدم قدامه فالحد السترة
وان لم يكن فمقدار الصفوف خلفه وان كان منفردا فموضع سجوده من كل جانب
وان جن او نام فاحتلم او اغمي عليه استقبل لانه يندر وجود هذه العوارض فلم يكن
في معنى ما ورد به النص وكذلك اذا قهقه لانه بمنزلة الكلام وهو قاطع واذا
حصر الامام عن القراءة فقدم غيره اجزاهم عند ابي حنيفة وقالا لا يجزيهم لانه يندر
وجوده ولانه الاستخلاف لعلة العجز وهو ههنا الزم والعجز عن القراءة غير
نادر ولو قرأ مقدار ما تجوز به الصلوة لا يجوز بالاجماع لعدم الحاجة الى الاستخلاف
وان سبقه الحدث بعد التشهد توضأ وسلم لان التسليم واجب عليه فلا بد من التوضي
ليأتي به وان تعمد الحدث في هذه الحالة او تكلم او عمل عملا ينافي الصلوة تمت صلوته
لانه تعذر البناء لوجود القاطع لكن لا اعادة عليه لانه لم يبق عليه شيء من الاركان
فان رأى المتيمم الماء في صلوته بطلت وقد مر من قبل فان رآه بعدما قعد قدر التشهد
او كان ماسحا فانقضت مدة مسحه او خلع خفيه بعمل يسير او كان اميا فتعلم سورة او عريانا
فوجد ثوبا او موميا فقدر على الركوع والسجود او تذكر فائتة عليه قبل هذه او احدث
الامام القاري فاستخلف اميا او طلعت الشمس في الفجر او دخل وقت العصر في الجمعة
او كان ماسحا على الجبيرة فسقطت عن برء او كان صاحب عذر فانقطع عذره كالمستحاضة
ومن بمعناها بطلت الصلوة في قول ابي حنيفة وقالا لا تبطل صلوته وقيل الاصل فيه
ان الخروج عن الصلوة بصنع المصلي فرض عنده وليس بفرض عندهما فاعتراض هذه العوارض
عنده في هذه الحالة كاعتراضها في خلال الصلوة وعندهما كاعتراضها بعد التسليم
لهما ما روينا من حديث ابن مسعود وله انه لا يمكنه اداء صلوة اخرى الا بالخروج من هذه
وما لا يتوصل الى الفرض الا به يكون فرضا ومعنى قوله عليه الصلوة والسلام تمت قاربت
التمام والاستخلاف ليس بمفسد حتى يجوز في حق القاري وانما الفساد ضرورة حكم
شرعي وهو عدم صلاحية الامامة ومن اقتدى بامام بعدما صلى ركعة فاحدث الامام
فقدمه اجزاه لوجود المشاركة في التحريمة والاولى للامام ان يقدم مدركا لانه

[illegible]

حصر العبد حصرا من باب تعب ضاق وحصر القاري منع القراءة فهو حصر [illegible]

تمت ٤

عند ابي حنيفة رح

بتوسل

اقدر

اقدر على اتمام صلوته وينبغي لهذا المسبوق ان لا يتقدم لعجزه عن التسليم فلو تقدم يبتدئ
من حيث انتهى اليه الامام لقيامه مقامه واذا انتهى الى السلام يقدم مدركا يسلم بهم
فلو انه حين اتم صلوة الامام قهقه او احدث متعمدا او تكلم او خرج من المسجد فسدت
صلوته وصلوة القوم تامة لان المفسد في حقه وجد في خلال الصلوة وفي حقهم
بعد تمام اركانها والامام الاول ان كان فرغ لا تفسد صلوته وان لم يفرغ تفسد
وهو الاصح فان لم يحدث الامام الاول وقعد قدر التشهد ثم قهقه او احدث
متعمدا فسدت صلوة الذي لم يدرك اول الصلوة عند ابي حنيفة وقالا لا تفسد وان
تكلم او خرج من المسجد لم تفسد في قولهم جميعا لهما ان صلوة المقتدي بناء على صلوة الامام
جوازا وفسادا ولم تفسد صلوة الامام فكذا صلوة المقتدي فصار كالسلام والكلام
وله ان القهقهة مفسدة للجزء الذي يلاقيه من صلوة الامام فيفسد مثله من صلوة
المقتدي غير ان الامام لا يحتاج الى البناء والمسبوق محتاج اليه والبناء على الفاسد
فاسد بخلاف السلام لانه منه والكلام في معناه وينتقض وضوء الامام لوجود
القهقهة في حرمة الصلوة ومن احدث في ركوعه او سجوده توضأ وبنى ولا يعتد بالتي
احدث فيها لان اتمام الركن بالانتقال ومع الحدث لا يتحقق فلا بد من الاعادة
ولو كان اماما فقدم غيره دام المقدم على الركوع لانه يمكنه الاتمام بالاستدامة
ولو تذكر وهو راكع او ساجد ان عليه سجدة فانحط من ركوعه او رفع رأسه من سجوده
فسجدها يعيد الركوع والسجود وهذا بيان الاولى لتقع الافعال مرتبة بالقدر الممكن
وان لم يعد اجزاه لان الانتقال مع الطهارة شرط لا تمام الاركان وقد وجد
وعن ابي يوسف انه يلزمه اعادة الركوع لان القومة فرض عنده ومن ام رجلا
واحدا فاحدث وخرج من المسجد فالمأموم امام نوى او لم ينو لما فيه من صيانة الصلوة
وتعيين الاول لقطع المزاحمة ولا مزاحم ويتم الاول صلوته مقتديا بالثاني كما
اذا استخلفه حقيقة ولو لم يكن خلفه الا صبي او امرأة قيل تفسد صلوته لاستخلاف
من لا يصلح للامامة وقيل لا تفسد لانه لم يوجد الاستخلاف قصدا وهو لا يصلح للامامة

باب ما يفسد الصلوة وما يكره فيها

ومن تكلم في صلوته عامدا او ساهيا بطلت
صلوته خلافا للشافعي في الخطأ والنسيان ومفزعه الحديث المعروف رفع عن امتي
الخطأ والنسيان ولنا قوله عليه الصلوة والسلام ان صلوتنا هذه لا يصلح فيها شيء
من كلام الناس وانما هي التسبيح والتهليل وقراءة القرآن وما رواه محمول على رفع الاثم

صلاته ٤

بخلاف السلام ساهيا لانه من الاذكار فيعتبر ذكرا في حالة النسيان وكلاما في حالة
التعمد لما فيه من كاف الخطاب فان ان فيها او تاوه او بكى فارتفع بكاؤه فان كان
من ذكر الجنة او النار لم يقطعها لانه يدل على زيادة الخشوع وان كان من وجع او مصيبة
قطعها لان فيها اظهار الجزع والتاسف فكان من كلام الناس وعن ابي يوسف ان قوله
آه لم يفسد في الحالين واوه يفسد وقيل الاصل عنده ان الكلمة اذا اشتملت على حرفين
وهما زائدتان او احداهما لا تفسد وان كانتا اصليتين تفسد وحروف الزوائد جمعوها
في قولهم اليوم تنساه وهذا لا يقوى لان كلام الناس في متفاهم العرف يتبع وجود
حروف الهجاء وافهام المعنى ويتحقق ذلك في حروف كلها زوائد وان تنحنح بغير عذر
بان لم يكن مدفوعا اليه وحصل به الحروف ينبغي ان يفسد عندهما وان كان بعذر فهو عفو
كالعطاس والجشاء اذا حصل به حروف ومن عطس فقال له آخر يرحمك الله وهو
في الصلوة فسدت صلوته لانه يجري في مخاطبات الناس فكان من كلامهم بخلاف ما اذا قال
العاطس او السامع الحمد لله على ما قالوا لانه لم يتعارف جوابا وان استفتح ففتح عليه في
صلوته فسدت صلوته ومعناه ان يفتح المصلي على غير امامه لانه تعليم وتعلم فكان من كلام
الناس ثم شرط التكرار في الاصل لانه ليس من اعمال الصلوة فيعفى القليل منه ولم
يشترط في الجامع الصغير لان الكلام نفسه قاطع وان قل وان فتح على امامه لم
يكن كلاما مفسدا استحسانا لانه مضطر الى اصلاح الصلوة فكان هذا من اعمال الصلوة
معنى وينوي الفتح على امامه دون القراءة هو الصحيح لانه مرخص فيه وقراءته ممنوع عنها
ولو كان الامام انتقل الى آية اخرى تفسد صلوة الفاتح وتفسد صلوة الامام لو
اخذ بقوله لوجود التلقين والتلقن من غير ضرورة وينبغي للمقتدي ان لا يعجل بالفتح
وللامام ان لا يلجئهم اليه بل يركع اذا جاء اوانه او ينتقل الى آية اخرى ولو اجاب
رجلا في الصلوة بلا اله الا الله فهذا كلام مفسد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال ابو يوسف لا يكون مفسدا وهذا الخلاف فيما اذا اراد جوابه له انه ثناء بصيغته
فلا يتغير بعزيمته ولهما انه اخرج الكلام مخرج الجواب وهو يحتمله فيجعل جوابا كالتشميت
والاسترجاع على الخلاف في الصحيح وان اراد اعلامه انه في الصلوة لم تفسد بالاجماع
لقوله عليه الصلوة والسلام اذا نابت احدكم نائبة في الصلوة فليسبح ومن صلى ركعة من الظهر
ثم افتتح العصر او التطوع فقد نقض الظهر لانه صح شروعه في غيره فيخرج عنه ولو افتتح
الظهر بعد ما صلى منها ركعة فهي هي ويجتزى بتلك الركعة لانه نوى الشروع في عين ما هو

صلاة

فيه فلغت نيته وبقي المنوي عليها لو قرأ الامام من المصحف فسدت صلوته عند ابي حنيفة
وقالا هي تامة لانها عبادة انضافت الى عبادة اخرى الا انه يكره لانه تشبه بصنيع اهل الكتاب
ولابي حنيفة ان حمل المصحف والنظر فيه وتقليب الاوراق عمل كثير ولانه تلقن من
المصحف فصار كما اذا تلقن من غيره وعلى هذا لا فرق بين الموضوع والمحمول وعلى الاول
يفترقان ولو نظر الى مكتوب وفهمه فالصحيح انه لا تفسد صلوته بالاجماع بخلاف ما اذا
حلف ان لا يقرأ كتاب فلان حيث يحنث بالفهم عند محمد لان المقصود هنا الفهم
اما فساد الصلوة فبالعمل الكثير وان مرت امرأة بين يدي المصلي لم تقطع الصلوة لقوله
عليه الصلوة والسلام لا يقطع الصلوة مرور شيء الا ان المار آثم لقوله عليه الصلوة والسلام
لو علم المار بين يدي المصلي ماذا عليه من الوزر لوقف اربعين وانما يأثم اذا مر في موضع
سجوده على ما قيل ولا يكون بينهما حائل ويحاذي اعضاء المار اعضاءه لو كان يصلي
على الدكان وينبغي لمن يصلي في الصحراء ان يتخذ امامه سترة لقوله عليه الصلوة والسلام
اذا صلى احدكم في الصحراء فليجعل بين يديه سترة ومقدارها ذراع فصاعدا لقوله عليه السلام
ايعجز احدكم اذا صلى في الصحراء ان يكون امامه مثل مؤخرة الرحل وقيل ينبغي ان
يكون في غلظ الاصبع لان ما دونه لا يبدو للناظر من بعيد فلا يحصل المقصود ويقرب
من السترة لقوله عليه الصلاة والسلام من صلى الى سترة فليدن منها ويجعل السترة على
حاجبه الايمن او الايسر به ورد الاثر وسترة الامام سترة للقوم لانه صلى الله عليه وسلم
صلى ببطحاء مكة الى عنزة ولم يكن للقوم سترة ولا بأس بترك السترة اذا امن
المرور ولم يواجه الطريق ويعتبر الغرز دون الالقاء والخط لان المقصود
لا يحصل به ويدرأ المار اذا لم يكن بين يديه سترة او مر بينه وبين السترة
لقوله عليه الصلوة والسلام فادرأوا ما استطعتم ويدرأ بالاشارة كما فعل رسول الله
صلى الله تعالى عليه وسلم بولدي ام سلمة او يدفع بالتسبيح لما روينا من قبل ويكره الجمع بينهما
لان باحدهما كفاية **فصل** ويكره للمصلي ان يعبث بثوبه او بجسده لقوله عليه السلام
ان الله تعالى كره لكم ثلثا وذكر منها العبث في الصلوة ولان العبث خارج الصلوة حرام فما
ظنك في الصلوة ولا يقلب الحصى لانه نوع عبث الا ان لا يمكنه من السجود فيسويه مرة لقوله عليه السلام
لابي ذر مرة يا ابا ذر والا فذر ولان فيه اصلاح صلوته ولا يفرقع اصابعه لقوله عليه السلام
لا تفرقع اصابعك وانت تصلي ولا يتخصر وهو وضع اليد على الخاصرة لانه عليه الصلاة والسلام
نهى عن الاختصار في الصلوة ولان فيه ترك الوضع المسنون ولا يلتفت لقوله عليه السلام

لو علم المصلي من يناجي ما التفت ولو نظر بمؤخر عينيه يمنة ويسرة من غير ان يلوي عنقه
لا يكره لانه عليه الصلوة والسلام كان يلاحظ اصحابه في الصلوة بموق عينيه ولا يقعي صلوته ٢ ٤
ولا يفترش ذراعيه لقول ابي ذر نهاني خليلي عن ثلث ان انقر نقر الديك وان اقعي
اقعاء الكلب وان افترش افتراش الثعلب والاقعاء ان يضع اليتيه على الارض
وينصب ركبتيه نصبا هو الصحيح ولا يرد السلام بلسانه لانه كلام ولا بيده لانه سلام
معنى حتى لو صافح بنية التسليم تفسد صلوته ولا يتربع الا من عذر لان فيه ترك سنة القعود
ولا يعقص شعره وهو ان يجمع شعره على هامته ويشده بخيط او بصمغ ليتلبد فقد روي
ان النبي عليه الصلوة والسلام نهى ان يصلي الرجل وهو معقوص ولا يكف ثوبه لانه نوع تجبر
ولا يسدل ثوبه لانه عليه الصلوة والسلام نهى عن السدل وهو ان يجعل ثوبه على راسه وكتفيه
ثم يرسل اطرافه من جوانبه ولا ياكل ولا يشرب لانه ليس من اعمال الصلوة فان اكل او شرب
عامدا او ناسيا فسدت صلاته لانه عمل كثير وحالة الصلوة مذكرة ولا باس بان يكون
مقام الامام في المسجد وسجوده في الطاق ويكره ان يقوم في الطاق لانه يشبه صنيع
اهل الكتاب من حيث تخصيص الامام بالمكان بخلاف ما اذا كان سجوده في الطاق ويكره
ان يكون الامام وحده على الدكان لما قلنا وكذا على القلب في ظاهر الرواية لانه ازدراء
بالامام ولا باس بان يصلي الى ظهر رجل قاعد يتحدث لان ابن عمر رضي الله تعالى عنهما ربما كان
يستتر بنافع في بعض اسفاره ولا باس بان يصلي وبين يديه مصحف معلق او سيف
معلق لانهما لا يعبدان وباعتباره تثبت الكراهة ولا باس بان يصلي على بساط فيه
تصاوير لان فيه استهانة بالصور ولا يسجد على التصاوير لانه يشبه عبادة
الصورة واطلق الكراهة في الاصل لان المصلى معظم ويكره ان يكون فوق راسه
في السقف او بين يديه او بحذائه تصاوير او صورة معلقة لحديث جبريل عليه السلام
انا لا ندخل بيتا فيه كلب او صورة ولو كانت الصورة صغيرة بحيث لا تبدو للناظر
لا يكره لان الصغار جدا لا تعبد واذا كان التمثال مقطوع الراس اي ممحو الراس فليس بتمثال
لانه لا يعبد بدون الراس فصار كما اذا صلى الى شمع او سراج على ما قالوا ولو كانت الصورة
على وسادة ملقاة او على بساط مفروش لا يكره لانها تداس وتوطأ بخلاف ما اذا
كانت الوسادة منصوبة او كانت على الستر لانه تعظيم لها واشدها كراهة ان تكون
امام المصلي ثم من فوق راسه ثم على يمينه ثم على شماله ثم خلفه ولو لبس ثوبا فيه تصاوير ثوبا ٢
يكره لانه يشبه حامل الصنم والصلوة جائزة في جميع ذلك لاجتماع شرائطها وتعاد على

وجه غير مكروه وهو الحكم في كل صلوة اديت مع الكراهة ولا يكره تمثال غير ذي الروح
لانه لا يعبد ولا باس بقتل العقرب والحية في الصلوة لقوله عليه الصلوة والسلام اقتلوا
الاسودين ولو كنتم في الصلوة ولان فيه ازالة الشغل فاشبه درء المار ويستوي
جميع انواع الحيات هو الصحيح لاطلاق ما روينا ويكره عد الاي والتسبيح باليد في
الصلوة وكذلك عد السور لان ذلك ليس من اعمال الصلوة وعن ابي يوسف ومحمد انه لا باس
بذلك في الفرايض والنوافل جميعا مراعاة لسنة القراءة والعمل بما جاءت به السنة
قلنا يمكنه ان يعد ذلك قبل الشروع فيستغني عن العد بعده

فصل

ويكره استقبال القبلة بالفرج في الخلاء لان النبي عليه الصلوة والسلام نهى عن ذلك والاستدبار يكره
في رواية لما فيه من ترك التعظيم ولا يكره في رواية لان المستدبر فرجه غير مواز للقبلة
وما ينحط منه ينحط الى الارض بخلاف المستقبل لان فرجه مواز لها وما ينحط منه ينحط
اليها ويكره المجامعة فوق المسجد والبول والتخلي لان سطح المسجد له حكم المسجد حتى يصح
الاقتداء منه بمن تحته ولا يبطل الاعتكاف بالصعود اليه ولا يحل للجنب الوقوف عليه
ولا باس بالبول فوق بيت فيه مسجد والمراد ما اعد للصلوة في البيت لانه لم ياخذ
حكم المسجد وان ندبنا اليه ويكره ان يغلق باب المسجد لانه يشبه المنع من الصلوة وقيل
لا باس به اذا خيف على متاع المسجد في غير اوان الصلوة ولا باس بان ينقش المسجد
يشير ٢ بالجص والساج وماء الذهب وقوله لا باس يشير الى انه لا يوجر عليه لكنه لا ياثم به
وقيل هو قربة وهذا اذا فعل من مال نفسه اما المتولي فيفعل من مال الوقف ما يرجع
الى احكام البناء دون ما يرجع الى النقش حتى لو فعل يضمن

باب صلوة الوتر

الوتر واجب عند ابي حنيفة وقالا سنة لظهور اثار السنن فيه حيث لا يكفر جاحده
هو ٢ ٤ ولا يؤذن له ولابي حنيفة قوله عليه الصلوة والسلام ان الله تعالى زادكم صلوة الا
وهي الوتر فصلوها ما بين العشاء الى طلوع الفجر والامر للوجوب ولهذا وجب القضاء
بالاجماع وانما لا يكفر جاحده لان وجوبه ثبت بالسنة وهو المعني بما روي عنه انه سنة لا ٤
وهو يؤدي في وقت العشاء فاكتفي باذانه واقامته والوتر ثلث ركعات لا يفصل بينهن
بسلام لما روت عائشة رضي الله تعالى عنها انه صلى الله عليه وسلم كان يوتر بثلث وحكى الحسن
البصري اجماع المسلمين على الثلث وهو احد اقوال الشافعي وفي قول يوتر بتسليمتين
وهو قول مالك والحجة عليهما ما روينا ويقنت في الثالثة قبل الركوع وقال الشافعي
بعده لما روي عن النبي صلى الله تعالى عليه وسلم انه قنت في آخر الوتر وهو بعد الركوع ولنا

لما روي انه عليه الصلوة والسلام قنت قبل الركوع وما زاد على نصف السورة اخره ويقنت في
جميع السنة خلافا للشافعي في غير النصف الاخير من رمضان لقوله عليه الصلوة والسلام
للحسن رضي الله تعالى عنه حين علمه دعاء القنوت اجعل هذا في وترك من غير فصل ويقرأ في كل
ركعة من الوتر فاتحة الكتاب وسورة لقوله عز وعلا فاقرؤوا ما تيسر من القرآن واذا
اراد ان يقنت كبر لان الحالة قد اختلفت ورفع يديه وقنت لقوله عليه السلام لا ترفع الايدي
الا في سبع مواطن وذكر منها الوتر ولا يقنت في صلوة غيرها خلافا للشافعي في الفجر
لما روي ابن مسعود انه عليه السلام قنت في صلوة الفجر شهرا ثم تركه فان قنت الامام في صلوة
الفجر يسكت من خلفه ولا يتابعه عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يتابعه لانه تبع
للامام والقنوت مجتهد فيه ولهما انه منسوخ ولا متابعة فيه ثم قيل يقف قائما ليتابعه فيما تجب
متابعته وقيل يقعد تحقيقا للمخالفة لان الساكت شريك الداعي والاول اظهر ودلت المسئلة
على جواز الاقتداء بالشفعوية وعلى المتابعة في قراءة القنوت في الوتر واذا علم المقتدي
منه ما يزعم به فساد صلوته كالفصد وغيره لا يجزيه الاقتداء به والمختار في القنوت
الاخفاء لانه دعاء

باب النوافل

السنة ركعتان قبل الفجر واربع قبل الظهر
وبعدها ركعتان واربع قبل العصر وان شاء ركعتين وركعتان بعد المغرب واربع قبل العشاء
واربع بعدها وان شاء ركعتين والاصل فيه قوله عليه الصلوة والسلام من ثابر على ثنتي عشرة ركعة
في اليوم والليلة بنى الله له بيتا في الجنة وفسر على نحو ما ذكر في الكتاب غير انه لم يذكر
الاربع قبل العصر فلهذا سماه في الاصل حسنا وخير لاختلاف الاثار والافضل هو
الاربع ولم يذكر الاربع قبل العشاء ولهذا كان مستحبا لعدم المواظبة وذكر فيه ركعتين
بعد العشاء وفي غيره ذكر الاربع فلهذا خير ثم ان الاربع افضل خصوصا عند ابي حنيفة
على ما عرف من مذهبه والاربع قبل الظهر بتسليمة واحدة عندنا كذا فعله رسول الله صلى
الله تعالى عليه وسلم وفيه خلاف الشافعي ونوافل النهار ان شاء صلى بتسليمة واحدة ركعتين وان
شاء اربعا ويكره الزيادة على ذلك فاما نافلة الليل قال ابو حنيفة ان صلى ثماني ركعات بتسليمة
واحدة جاز ويكره الزيادة وقالا لا يزيد بالليل على ركعتين بتسليمة وفي الجامع الصغير لم
يذكر الثماني في صلوة الليل ودليل الكراهية انه عليه الصلوة والسلام لم يزد على ذلك
ولولا الكراهية لزاد تعليما للجواز والافضل في الليل عندهما مثنى مثنى وفي النهار
اربع اربع وعند الشافعي فيهما مثنى مثنى وعند ابي حنيفة فيهما اربع اربع للشافعي قوله
عليه الصلوة والسلام صلوة الليل والنهار مثنى مثنى ولهما الاعتبار بالتراويح ولابي حنيفة

انه عليه السلام كان يصلي بعد العشاء اربعا بتسليمة واحدة رواه عائشة رضي الله عنها وكان
عليه السلام يواظب على الاربع في الضحى ولانه ادوم تحريمة فيكون اكثر مشقة وازيد
فضيلة ولهذا لو نذر ان يصلي اربعا بتسليمة لا يخرج عنه بتسليمتين وعلى القلب يخرج و
التراويح تؤدى بجماعة فيراعى فيها جهة التيسير ومعنى رواه شفعا لا وترا

فصل

القراءة في الفرض واجبة في الركعتين وقال الشافعي في الركعات كلها لقوله عليه السلام
لا صلوة الا بقراءة وكل ركعة صلوة وقال مالك في ثلث ركعات اقامة للاكثر مقام الكل
تيسيرا ولنا ان الامر بالفعل لا يقتضي التكرار وانما اوجبنا في الثانية استدلالا بالاولى
لانهما يتشاكلان من كل وجه فاما الاخريان فيفارقانها في حق السقوط بالسفر وصفة
القراءة وقدرها فلا يلحقان بهما والصلوة فيما روي مذكورة صريحا فينصرف الى الكاملة
وهي الركعتان عرفا كمن حلف لا يصلي صلوة بخلاف ما اذا حلف لا يصلي قال وهو مخير
في الاخريين معناه ان شاء سكت وان شاء سبح وان شاء قرأ كذا روي عن ابي حنيفة
وهو المأثور عن علي وابن مسعود وعائشة رضي الله تعالى عنهم الا ان الافضل ان يقرأ لان النبي
عليه الصلوة والسلام داوم على ذلك ولهذا لا يجب السهو بتركها في ظاهر الرواية والقراءة
واجبة في جميع ركعات النفل وفي جميع الوتر اما النفل فلان كل شفع منه صلوة على حدة
والقيام الى الثالثة بمنزلة تحريمة مبتداة ولهذا لا يجب بالتحريمة الاولى الا ركعتان في المشهور
عن اصحابنا ولهذا قالوا يستفتح في الثالثة واما الوتر فللاحتياط ومن شرع في نافلة
ثم افسدها قضاها وقال الشافعي لا قضاء عليه لانه متبرع فيه ولا لزوم على المتبرع
ولنا ان المؤدى وقع قربة فيلزمه الاتمام ضرورة صيانته عن البطلان وان صلى اربعا
وقرأ في الاوليين وقعد ثم افسد الاخريين بعد الشروع قضى ركعتين لان الشفع الاول
قد تم والقيام الى الثالثة كتحريمة مبتداة فيكون ملزما هذا اذا كان افسد الاخريين
بعد الشروع فيهما ولو افسد قبل الشروع في الشفع الثاني لا يقضي الاخريين وعن ابي
يوسف انه يقضي اعتبارا للشروع بالنذر ولهما ان الشروع يلزم ما شرع فيه وما لا صحة له الا به
وصحة الشفع الاول لا تتعلق بالثاني بخلاف الركعة الثانية وعلى هذا سنة الظهر لانها
نافلة وقيل يقضي اربعا احتياطا لانها بمنزلة صلوة واحدة وان صلى اربعا ولم يقرأ فيهن
شيئا اعاد ركعتين وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يقضي اربعا وهذه
المسئلة على ثمانية اوجه والاصل فيها ان عند محمد ترك القراءة في الاوليين او في احديهما
يوجب بطلان التحريمة لانها تعقد للافعال وعند ابي يوسف ترك القراءة في الشفع الاول

لا يوجب بطلان التحريمة وانما يوجب فساد الاداء لان القراءة ركن زائد الا ترى ان الصلوة
وجودا بدونها غير انه لا صحة للاداء الا بها وفساد الاداء لا يزيد على تركه فلا
يبطل التحريمة وعند ابي حنيفة ترك القراءة في الاولين يوجب بطلان التحريمة وفي احديهما
لا يوجب لان كل شفع من التطوع صلوة على حدة وفسادها بترك القراءة في ركعة
واحدة مجتهد فيه فقضينا بالفساد في حق وجوب القضاء وحكمنا ببقاء التحريمة في حق
لزوم الشفع الثاني احتياطا اذا ثبت هذا فنقول اذا لم يقرأ في الكل قضى ركعتين عندهما
لان التحريمة قد بطلت بترك القراءة في الشفع الاول عنده فلم يصح الشروع في الشفع
الثاني وبقيت عند ابي يوسف فصح الشروع في الشفع الثاني ثم فسد الكل بترك القراءة فيه
فعليه قضاء الاربع عنده ولو قرأ في الاولين لا غير فعليه قضاء الاخريين بالاجماع
لان التحريمة لم تبطل فصح الشروع في الشفع الثاني ثم فساده بترك القراءة لا يوجب
فساد الشفع الاول ولو قرأ في الاخريين لا غير فعليه قضاء الاولين بالاجماع لان
عندهما لم يصح الشروع في الشفع الثاني وعند ابي يوسف انه صح فصار اداء ولو قرأ في الاولين
واحدى الاخريين فعليه قضاء الاخريين بالاجماع ولو قرأ في الاخريين واحدى الاولين
فعليه قضاء الاولين بالاجماع ولو قرأ في احدى الاولين واحدى الاخريين فعلى
قول ابي يوسف عليه قضاء الاربع وكذا عند ابي حنيفة لان التحريمة باقية وعند محمد عليه
الاولين لان التحريمة قد ارتفعت عنده وقد انكر ابو يوسف هذه الرواية عنه وقال
رويت لك التحريمة عن ابي حنيفة انه يلزمه قضاء ركعتين ومحمد لم يرجع عن روايته
عنه ولو قرأ في احدى الاولين لا غير قضى اربعا عندهما وعند محمد ركعتين ولو
قرأ في احدى الاخريين لا غير قضى اربعا عند ابي يوسف وعندهما ركعتين وتفسير قوله
عليه الصلوة والسلام لا يصلى بعد صلوة مثلها يعني ركعتين بقراءة وركعتين بغير قراءة
فيكون بيان فرضية القراءة في ركعات النفل كلها ويصلي النافلة قاعدا مع القدرة
على القيام لقوله عليه الصلوة والسلام صلوة القاعد على النصف من صلوة القائم ولان
الصلوة خير موضوع وربما يشق على المصلي القيام فيجوز له تركه كيلا ينقطع عنه
واختلفوا في كيفية القعود والمختار انه يقعد كما يقعد في حالة التشهد لانه
عهد مشروعا في الصلوة وان افتتحها قائما ثم قعد من غير عذر جاز عند ابي حنيفة
وهذا استحسان وعندهما لا يجزيه وهو قياس لان الشروع معتبر بالنذر وله انه
لم يباشر القيام فيما بقي ولما باشر صحت بدونه بخلاف النذر لانه التزمه نصا

حتى لو لم ينص على القيام لا يلزمه القيام عند بعض المشايخ ومن كان خارج المصر يتنفل
على دابته الى اي جهة توجهت يومي ايماء لحديث ابن عمر رضي الله عنهما انه قال رايت رسول الله
صلى الله تعالى عليه وسلم يصلي على حمار وهو متوجه الى خيبر يومي ايماء ولان النوافل
غير مختصة بوقت فلو الزمناه النزول والاستقبال تنقطع عنه النافلة او ينقطع هو عن
القافلة اما الفرائض فمختصة بوقت والسنن الرواتب نوافل وعن ابي حنيفة انه ينزل
لسنة الفجر لانها اكد من غيرها والتقييد بخارج المصر ينفي اشتراط السفر والجواز
في المصر وعن ابي يوسف انه يجوز في المصر ايضا وجه الظاهر ان النص ورد خارج المصر
والحاجة الى الركوب فيه اغلب وان افتتح التطوع راكبا ثم نزل بنى وان صلى ركعة نازلا
ثم ركب استقبل لان احرام الراكب انعقد مجوزا للركوع والسجود لقدرته على النزول فاذا
اتى بهما صح واحرام النازل انعقد لوجوب الركوع والسجود فلا يقدر على ترك ما لزمه
من غير عذر وعن ابي يوسف انه يستقبل اذا نزل ايضا وكذا عن محمد اذا نزل بعدما
صلى ركعة والاصح هو الظاهر **فصل في قيام شهر رمضان** يستحب ان يجتمع الناس في شهر رمضان
بعد العشاء فيصلي بهم امامهم خمس ترويحات كل ترويحة بتسليمتين ويجلس بين كل ترويحتين
مقدار ترويحة ثم يوتر بهم ذكر لفظ الاستحباب والاصح انها سنة كذا روى الحسن عن ابي حنيفة
لانه واظب عليها الخلفاء الراشدون رضي الله تعالى عنهم والنبي صلى الله تعالى عليه وسلم
بين العذر في ترك المواظبة وهو خشية ان تكتب علينا والسنة فيها الجماعة لكن على
وجه الكفاية حتى لو امتنع اهل المسجد عن اقامتها كانوا مسيئين ولو اقامها البعض
فالمتخلف عن الجماعة تارك للفضيلة لان افراد الصحابة يروى عنهم التخلف والمستحب في
الجلوس بين الترويحتين مقدار الترويحة وكذا بين الخامسة وبين الوتر لعادة اهل الحرمين
واستحسن البعض الاستراحة على خمس تسليمات وليس بصحيح وقوله ثم يوتر بهم يشير الى ان وقتها
بعد العشاء قبل الوتر وبه قال عامة المشايخ والاصح ان وقتها بعد العشاء الى اخر الليل قبل الوتر
وبعده لانها نوافل سنت بعد العشاء ولم يذكر قدر القراءة واكثر المشايخ على ان السنة
فيها الختم مرة فلا يترك لكسل القوم بخلاف ما بعد التشهد من الدعوات حيث يتركها
لانها ليست بسنة ولا يصلي الوتر بجماعة في غير شهر رمضان عليه اجماع المسلمين **باب**
ادراك الفريضة ومن صلى ركعة من الظهر ثم اقيمت يصلي اخرى صيانة للمؤدى عن البطلان
ثم يدخل مع القوم احرازا لفضيلة الجماعة وان لم يقيد الاولى بالسجدة يقطع ويشرع
مع الامام هو الصحيح لانه بمحل الرفض والقطع للاكمال بخلاف ما اذا كان في النفل لانه ليس

للاكمال ولو كان في السنة قبل الظهر والجمعة فاقيم او خطب يقطع على راس الركعتين يروى
ذلك عن ابي يوسف وقد قيل يتمها وان كان قد صلى من الظهر ثلثا يتمها لان للاكثر حكم الكل
فلا يحتمل النقض بخلاف ما اذا كان في الثالثة بعد ولم يقيدها بالسجدة حيث يقطعها
لانه محل الرفض ويتخير ان شاء عاد وقعد وسلم وان شاء كبر قائما ينوي الدخول في صلوة الامام
واذا اتمها يدخل مع القوم والذي يصلي معهم نافلة لان الفرض لا يتكرر في وقت واحد
فان صلى من الفجر ركعة ثم اقيمت يقطع ويدخل معهم لانه لو اضاف اليها ركعة اخرى
تفوته الجماعة وكذا اذا قام الى الثانية قبل ان يقيدها بالسجدة وبعد الاتمام لا يشرع في
صلوة الامام لكراهة النفل بعد الفجر وكذا بعد العصر لما قلنا وكذا بعد المغرب في ظاهر
الرواية لان التنفل بالثلث مكروه وفي جعلها اربعا مخالفة امامه ومن دخل مسجدا
قد اذن فيه يكره له ان يخرج حتى يصلي لقوله عليه الصلوة والسلام لا يخرج من المسجد بعد النداء
الا منافق او رجل يخرج لحاجة يريد الرجوع قال الا اذا كان ممن ينتظم به امر جماعة لانه ترك
صورة وتكميل معنى وان كان قد صلى وكانت الظهر او العشاء فلا باس بان يخرج لانه
اجاب داعي الله تعالى مرة الا اذا اخذ المؤذن في الاقامة لانه يتهم بمخالفة الجماعة
عيانا وان كانت العصر او المغرب او الفجر خرج وان اخذ فيها لكراهة التنفل بعدها
ومن انتهى الى الامام في صلوة الفجر وهو لم يصل ركعتي الفجر ان خشي ان تفوته ركعة
ويدرك الاخرى يصلي ركعتي الفجر عند باب المسجد ثم يدخل لانه امكنه الجمع بين الفضيلتين
وان خشي فوتهما دخل مع الامام لان ثواب الجماعة اعظم والوعيد بالترك الزم بخلاف
سنة الظهر حيث يتركها في الحالين لانه يمكنه اداؤها في الوقت بعد الفرض هو الصحيح وانما
الاختلاف بين ابي يوسف ومحمد في تقديمها على الركعتين وتاخيرها عنهما ولا كذلك
سنة الفجر على ما نبين ان شاء الله تعالى والتقييد بالاداء عند باب المسجد يدل على الكراهة
في المسجد اذا كان الامام في الصلوة والافضل في عامة السنن والنوافل المنزل هو
المروي عن النبي عليه الصلوة والسلام واذا فاتته ركعتا الفجر لا يقضيهما قبل طلوع الشمس
لانه يبقى نفلا مطلقا وهو مكروه بعد الصبح ولا بعد ارتفاعها عند ابي حنيفة وابي
يوسف وقال محمد احب الي ان يقضيهما الى وقت الزوال لانه عليه الصلوة والسلام قضاهما
بعد ارتفاع الشمس غداة ليلة التعريس ولهما ان الاصل في السنة ان لا تقضى لاختصاص القضاء
بالواجب والحديث ورد في قضائها تبعا للفرض فيبقى ما وراءه على الاصل وانما تقضى
تبعا له وهو يصلي بالجماعة او وحده الى وقت الزوال وفيما بعده اختلاف المشايخ واما

سائر السنن سواها بعد الوقت لا تقضى وحدها واختلف المشايخ في قضائها تبعا
للفرض ومن ادرك من الظهر ركعة ولم يدرك الثلث فانه لم يصل الظهر بجماعة وقال محمد
قد ادرك فضل الجماعة لان من ادرك اخر الشيء فقد ادركه فصار محرزا ثواب
الجماعة لكنه لم يصلها بالجماعة حقيقة ولهذا يحنث في يمينه لا يدرك الجماعة ولا يحنث
في يمينه لا يصلي الظهر بالجماعة ومن اتى مسجدا قد صلي فيه فلا باس بان يتطوع قبل
المكتوبة ما بدا له ما دام في الوقت ومراده اذا كان في الوقت سعة وان كان فيه
ضيق تركه قيل هذا في غير سنة الظهر والفجر لان لهما زيادة مزية قال عليه السلام
في سنة الفجر صلوهما وان طردتكم الخيل وقال في الاخرى من ترك الاربع قبل الظهر
لم تنله شفاعتي وقيل هذا في الجميع لانه عليه الصلوة والسلام واظب عليها عند اداء
المكتوبات بالجماعة ولا سنة دون المواظبة والاولى ان لا يتركها في الاحوال كلها
لكونها مكملات للفرائض الا اذا خاف فوت الوقت ومن انتهى الى الامام في ركوعه
فكبر ووقف حتى رفع الامام راسه من الركوع لا يصير مدركا لتلك الركعة خلافا لزفر
هو يقول ادرك الامام فيما له حكم القيام ولنا ان الشرط هو المشاركة في افعال الصلوة
ولم يوجد لا في القيام ولا في الركوع ولو ركع المقتدي قبل امامه فادركه الامام
فيه جاز وقال زفر لا يجزيه لان ما اتى به قبل الامام غير معتد به فكذا ما يبنيه
عليه ولنا ان الشرط هو المشاركة في جزء واحد كما في الطرف الاول **باب**

قضاء الفوائت ومن فاتته صلوة قضاها اذا ذكرها وقدمها على فرض الوقت
والاصل ان الترتيب بين الفوائت وفرض الوقت عندنا مستحق وعند الشافعي مستحب
لان كل فرض اصل بنفسه فلا يصير شرطا لغيره ولنا قوله عليه السلام من نام عن صلوة
او نسيها فلم يذكرها الا وهو مع الامام فليصل التي هو فيها ثم ليصل التي ذكرها
ثم ليعد التي صلى مع الامام ولو خاف فوت الوقت يقدم الوقتية ثم يقضيها لان
الترتيب يسقط بضيق الوقت وكذا بالنسيان وكثرة الفوائت كيلا يؤدي الى تفويت
الوقتية ولو قدم الفائتة جاز لان النهي عن تقديمها لمعنى في غيرها بخلاف ما اذا
كان في الوقت سعة وقدم الوقتية حيث لا يجوز لانه اداها قبل وقتها الثابت
بالحديث ولو فاتته صلوات رتبها في القضاء كما وجبت في الاصل لان النبي عليه السلام
شغل عن اربع صلوات يوم الخندق فقضاهن مرتبة ثم قال صلوا كما رايتموني اصلي
الا ان تزيد الفوائت على ست صلوات لان الفوائت قد كثرت فيسقط الترتيب فيما بين الفوائت

نفسها كما سقط بينها وبين الوقتية وحد الكثرة ان يصير الفوائت ستا بخروج وقت الصلوة
السادسة وهو المراد بالمذكور في الجامع الصغير وهو قوله وان فاتته اكثر من صلوة يوم
وليلة اجزاته التي بدا بها لانه اذا زاد على يوم وليلة يصير ستا وعن محمد انه اعتبر دخول
وقت السادسة والاول هو الصحيح لان الكثرة بالدخول في حد التكرار وذلك في الخروج
ولو اجتمعت الفوائت القديمة والحديثة قيل يجوز الوقتية مع تذكر الحديثة لكثرة الفوائت له م
وقيل لا يجوز ويجعل الماضي كان لم يكن زجرا عن التهاون ولو قضى بعض الفوائت
حتى قل ما بقي عاد الترتيب عند البعض وهو الاظهر فانه روي عن محمد فيمن ترك صلوة
يوم وليلة وجعل يقضي من الغد مع كل وقتية فائتة فالفوائت جائزة على كل حال والوقتيات
فاسدة ان قدمها لدخول الفوائت في حد القلة وان اخرها فكذلك الا العشاء الاخيرة
لانه لا فائتة عليه في ظنه حال ادائها ومن صلى العصر وهو ذاكر انه لم يصل الظهر فهي
فاسدة الا اذا كان في اخر الوقت وهي مسئلة الترتيب واذا فسدت الفرضية لا يبطل
اصل الصلوة عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد يبطل لان التحريمة عقدت للفرض
فاذا بطلت الفرضية بطلت اصلا ولهما انها عقدت لاصل الصلوة بوصف الفرضية
فلم يكن من ضرورة بطلان الوصف بطلان الاصل ثم العصر يفسد فسادا موقوفا
حتى لو صلى ست صلوات ولم يعد الظهر انقلب الكل جائزا وهذا عند ابي حنيفة وعندهما يفسد
فسادا باتا لا جواز له بحال وقد عرف ذلك في موضعه ولو صلى الفجر وهو ذاكر انه
لم يوتر فهي فاسدة عند ابي حنيفة خلافا لهما وهذا بناء على ان الوتر واجب عنده
سنة عندهما ولا ترتيب فيما بين الفرائض والسنن وعلى هذا اذا صلى العشاء ثم توضأ
وصلى السنة والوتر ثم تبين انه صلى العشاء بغير طهارة فعنده يعيد العشاء والسنة دون
الوتر لان الوتر فرض على حدة عنده وعندهما يعيد الوتر ايضا لكونه تبعا للعشاء

باب سجود السهو

يسجد للسهو في الزيادة والنقصان سجدتين بعد السلام ثم للزيادة م
يتشهد ثم يسلم وعند الشافعي يسجد قبل السلام لما روي انه عليه السلام سجد للسهو قبل السلام
ولنا قوله عليه الصلوة والسلام لكل سهو سجدتان بعد السلام وروي انه عليه السلام سجد سجدتي
السهو بعد السلام فتعارضت روايتا فعله فبقي التمسك بقوله ولان سجود السهو مما فبقي م
لا يتكرر فيؤخر عن السلام حتى لو سها عن السلام ينجبر به وهذا الخلاف في الاولوية
ويأتي بتسليمتين هو الصحيح صرفا للسلام المذكور الى ما هو المعهود ويأتي بالصلوة على النبي
عليه الصلوة والسلام والدعاء في قعدة السهو هو الصحيح لان الدعاء موضعه اخر الصلوة قال

سجدة م
قال ويلزمه السهو اذا زاد في صلوته فعلا من جنسها ليس منها وهذا يدل على ان سجدتي السهو
واجبة هو الصحيح لانها تجب لجبر نقصان تمكن في العبادة فتكون واجبة كالدماء
في الحج واذا كان واجبا لا يجب الا بترك واجب او تاخيره او تاخير ركن ساهيا هذا
هو الاصل وانما وجب بالزيادة لانها لا تعرى عن تاخير ركن او ترك واجب ويلزمه اذا
ترك فعلا مسنونا كانه اراد به فعلا واجبا الا انه اراد بتسميته سنة ان وجوبها ثبت بالسنة
او ترك قراءة فاتحة الكتاب لانها واجبة او القنوت او التشهد او تكبيرات العيدين لانها واجبات
فانه عليه الصلوة والسلام واظب عليها من غير تركها مرة وهي امارة الوجوب ولانها تضاف
الى جميع الصلوة فدل انها من خصائصها وذلك بالوجوب ثم ذكر التشهد يحتمل القعدة الاولى
والثانية والقراءة فيهما وكل ذلك واجب وفيها سجدة هو الصحيح ولو جهر الامام فيما يخافت
او خافت فيما يجهر تلزمه سجدتا السهو لان الجهر في موضعه والمخافتة في موضعها من الواجبات
واختلفت الرواية في المقدار والاصح قدر ما تجوز به الصلوة في الفصلين لان اليسير
من الجهر والاخفاء لا يمكن الاحتراز عنه وعن الكثير ممكن وما تصح به الصلوة كثير
غير ان ذلك عنده اية واحدة وعندهما ثلث ايات وهذا في حق الامام دون المنفرد لان الجهر
والمخافتة من خصائص الجماعة وسهو الامام يوجب على المؤتم السجود لتقرر السبب الموجب
في حق الاصل ولهذا يلزمه حكم الاقامة بنية الامام فان لم يسجد الامام لم يسجد المؤتم
لانه يصير مخالفا لامامه وما التزم الاداء الا متابعا فان سها المؤتم لم يلزم الامام
ولا المؤتم السجود لانه لو سجد وحده كان مخالفا لامامه ولو تابعه الامام ينقلب الاصل
تبعا ومن سها عن القعدة الاولى ثم تذكر وهو الى حالة القعود اقرب عاد وقعد وتشهد
لان ما يقرب الى الشيء ياخذ حكمه ثم قيل يسجد للسهو للتاخير والاصح انه لا يسجد كما اذا لم
يقم ولو كان الى القيام اقرب لم يعد لانه كالقائم معنى ويسجد للسهو لانه ترك
الواجب وان سها عن القعدة الاخيرة حتى قام الى الخامسة رجع الى القعدة ما لم يسجد
لان فيه اصلاح صلوته وامكنه ذلك لان ما دون الركعة بمحل الرفض والغى الخامسة
لانه رجع الى شيء محله قبلها فيرتفض ويسجد للسهو لانه اخر واجبا وان قيد الخامسة
بسجدة بطل فرضه عندنا خلافا للشافعي لانه استحكم شروعه في النافلة قبل اكمال
اركان المكتوبة ومن ضرورته خروجه عن الفرض وهذا لان الركعة بسجدة واحدة
صلوة حقيقة حتى يحنث بها في يمينه لا يصلي وتحولت صلوته نفلا عند ابي حنيفة وابي يوسف
خلافا لمحمد على ما مر فيضم اليها ركعة ولو لم يضم لا شيء عليه لانه مظنون ثم انما يبطل فرضه
سادسة م

بوضع الجبهة عند ابي يوسف لانه سجود كامل وعند محمد برفعه لان تمام الشيء باخره وهو الرفع
ولم يصح مع الحدث وثمرة الاختلاف تظهر فيما اذا سبقه الحدث في السجود بنى عند محمد رحمه الله
خلافا لابي يوسف ولو قعد في الرابعة ثم قام ولم يسلم عاد الى القعدة ما لم يسجد للخامسة
وسلم لان التسليم في حالة القيام غير مشروع وامكنه الاقامة على وجهه بالقعود لان
ما دون الركعة بمحل الرفض وان قيد الخامسة بالسجدة ثم قعد يضم اليها ركعة اخرى
وتم فرضه لان الباقي اصابة لفظة السلام وهي واجبة وانما يضم اليها ركعة اخرى لتصير
الركعتان نفلا لان الركعة الواحدة لا تجزيه لنهي النبي عليه الصلوة والسلام عن البتيراء
ثم لا تنوبان عن سنة الظهر هو الصحيح لان المواظبة عليها بتحريمة مبتداة ويسجد للسهو
استحسانا لتمكن النقصان في الفرض بالخروج لا على الوجه المسنون وفي النفل بالدخول
لا على الوجه المسنون ولو قطعها لم يلزمه القضاء لانه مظنون ولو اقتدى به انسان فيهما
يصلي ستا عند محمد لانه هو المؤدي بهذه التحريمة وعندهما ركعتين لانه استحكم خروجه
عن الفرض ولو افسده المقتدي لا قضاء عليه عند محمد اعتبارا بالامام وعند ابي يوسف
يقضي ركعتين لان السقوط بعارض يخص الامام ومن صلى ركعتين تطوعا فسها فيهما
وسجد للسهو ثم اراد ان يصلي اخريين لم يبن لان السجود يبطل لوقوعه في وسط الصلوة
بخلاف المسافر اذا سجد للسهو ثم نوى الاقامة لانه لو لم يبن يبطل جميع الصلوة
ومع هذا لو ادى صح لبقاء التحريمة ومن سلم وعليه سجدتا السهو فدخل رجل في صلوته
بعد التسليم فان سجد الامام كان داخلا والا فلا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد
هو داخل سجد الامام او لم يسجد لان عنده سلام من عليه السهو لا يخرجه عن الصلوة
لانها وجبت جبرا للنقصان فلا بد ان يكون في احرام الصلوة وعندهما يخرجه على سبيل
التوقف لانه محلل في نفسه وانما لا يعمل لحاجته الى اداء السجدة فلا تظهر دونها ولا
حاجة على اعتبار عدم العود ويظهر الخلاف في هذا وفي انتقاض الطهارة بالقهقهة
وتغير الفرض بنية الاقامة في هذه الحالة ومن سلم يريد به قطع الصلوة وعليه سهو فعليه ان يسجد
للسهو لان هذا السلام غير قاطع ونيته تغيير المشروع فلغت ومن شك في صلوته فلم
يدر اثلاثا صلى ام اربعا وذلك اول ما عرض له استانف لقوله عليه السلام اذا شك احدكم
في صلوته انه كم صلى فليستقبل الصلوة وان كان الشك يعرض له كثيرا بنى على اكبر رايه
لقوله عليه الصلوة والسلام من شك في صلوته فليتحر الصواب وان لم يكن له راي بنى على
اليقين لقوله عليه السلام في الحديث من شك في صلوته فلم يدر اثلاثا صلى ام اربعا بنى على الاقل

الخلاف ٤
لنهيه ٤
عند محمد ٤
اخراوين
بغير المشروع ٤

و

والاستقبال بالسلام اولى لانه عرف محللا دون الكلام ومجرد النية يلغو وعند البناء
على الاقل يقعد في كل موضع يتوهم آخر صلوته كيلا يصير تاركا فرض القعدة

باب صلوة المريض

واذا عجز المريض عن القيام صلى قاعدا يركع ويسجد لقوله عليه الصلوة
والسلام لعمران بن الحصين رض صل قائما فان لم تستطع فقاعدا فان لم تستطع فعلى الجنب
تومئ ايماء ولان الطاعة بحسب الطاقة فان لم يستطع الركوع والسجود اوما ايماء يعني
قاعدا لانه وسع مثله وجعل سجوده اخفض من ركوعه لانه قائم مقامهما فاخذ حكمهما ولا
يرفع الى وجهه شيئا يسجد عليه لقوله عليه الصلوة والسلام ان قدرت ان تسجد على الارض
فاسجد والا فاوم براسك فان فعل ذلك وهو يخفض راسه اجزاه لوجود الايماء وان
وضع ذلك على جبهته لا يجزيه لانعدامه وان لم يستطع القعود استلقى على ظهره وجعل رجليه
الى القبلة واوما بالركوع والسجود لقوله عليه الصلوة والسلام يصلي المريض قائما فان لم يستطع
فقاعدا فان لم يستطع فعلى قفاه يومئ ايماء فان لم يستطع فالله تعالى احق بقبول العذر
منه وان استلقى على جنبه ووجهه الى القبلة جاز لما روينا من قبل الا ان الاول هو
الاولى عندنا خلافا للشافعي لان اشارة المستلقي تقع الى هواء الكعبة واشارة المضطجع
على جنبه الى جانب قدميه وبه تتادى الصلوة فان لم يستطع الايماء براسه اخرت
عنه ولا يومئ بعينيه ولا بقلبه ولا بحاجبيه خلافا لزفر لما روينا من قبل ولان نصب
الابدال بالراي ممتنع ولا قياس على الراس لانه تتادى به ركن الصلوة دون العين واختيها
وقوله اخرت عنه اشارة الى انه لا تسقط الصلوة عنه وان كان العجز اكثر من يوم وليلة
اذا كان مفيقا هو الصحيح لانه يفهم مضمون الخطاب بخلاف المغمى عليه وان قدر على القيام
ولم يقدر على الركوع والسجود لم يلزمه القيام ويصلي قاعدا يومئ ايماء لان ركنية القيام للتوسل
الى السجدة لما فيها من نهاية التعظيم فاذا كان لا يتعقبه السجود لا يكون ركنا فيتخير والافضل
هو الايماء قاعدا لانه اشبه بالسجود وان صلى الصحيح بعض صلوته قائما ثم حدث به مرض
يتمها قاعدا يركع ويسجد او يومئ ان لم يقدر او مستلقيا ان لم يقدر لانه بناء الادنى
على الاعلى فصار كالاقتداء ومن صلى قاعدا يركع ويسجد لمرض ثم صح بنى على صلوته قائما
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد استقبل بناء على اختلافهم في الاقتداء وقد تقدم
بيانه وان صلى بعض صلوته بايماء ثم قدر على الركوع والسجود استانف في قولهم جميعا لانه
لا يجوز اقتداء الراكع بالمومي فكذا البناء ومن افتتح التطوع قائما ثم اعيى لا باس بان يتوكا
على عصا او حائط او يقعد لان هذا عذر وان كان الاتكاء بغير عذر يكره لانه اساءة

انه ٤
واوما م
التها ٤
عندهم ٤

في الأداء وقيل لا يكره عند أبي حنيفة لأنه لو قعد عنده يجوز من غير عذر فكذا لا يكره الاتكاء
وعندهما يكره لأنه لا يجوز القعود عندهما فيكره الاتكاء وإن قعد بغير عذر يكره
بالاتفاق ويجوز الصلوة عنده ولا يجوز عندهما وقد مر في باب النوافل ومن صلى
في السفينة قاعدا من غير علة أجزأه عند أبي حنيفة والقيام أفضل وقالا
لا يجزيه إلا من عذر لأن القيام مقدور عليه فلا يترك وله أن الغالب فيها دوران
الرأس وهو كالمتحقق إلا أن القيام أفضل لأنه أبعد عن شبهة الخلاف والخروج
أفضل إن أمكنه لأنه أسكن لقلبه والخلاف في غير المربوطة والمربوطة كالشط هو
الصحيح ومن أغمي عليه خمس صلوات أو دونها قضى وإن كان أكثر من ذلك لم يقض وهذا
استحسان والقياس أن لا قضاء عليه إذا استوعب الإغماء وقت صلوة كاملا لتحقق العجز
فأشبه الجنون ووجه الاستحسان أن المدة إذا طالت كثرت الفوائت فيتحرج في الأداء وإذا
قصرت قلت الفوائت فلا حرج والكثير أن تزيد على يوم وليلة لأنه يدخل في حد
التكرار والجنون كالإغماء كذا ذكره أبو سليمان بخلاف النوم لأن امتداده نادر
فيلحق بالقاصر ثم الزيادة تعتبر من حيث الأوقات عند محمد لأن التكرار يتحقق به
وعندهما من حيث الساعات هو المأثور عن علي وابن عمر رضي الله تعالى عنهم

باب سجود التلاوة سجود التلاوة في القرآن أربع عشرة سجدة في آخر الأعراف
وفي الرعد والنحل وبني إسرائيل ومريم والأولى في الحج والفرقان والنمل وآلم
تنزيل وص وحم السجدة والنجم وإذا السماء انشقت واقرأ باسم ربك كذا كتب في مصحف
عثمان رضي الله تعالى عنه وهو المعتمد والسجدة الثانية في الحج للصلوة عندنا وموضع السجدة في
حم السجدة عند قوله لا يسأمون في قول عمر رضي الله تعالى عنه وهو المأخوذ للاحتياط و
السجدة واجبة في هذه المواضع على التالي والسامع سواء قصد سماع القرآن أو لم يقصد
لقوله عليه الصلوة والسلام السجدة على من سمعها وعلى من تلاها وهي كلمة إيجاب وهو غير
مقيد بالقصد وإذا تلا الإمام السجدة سجدها وسجد المأموم معه لالتزامه متابعته
وإذا تلا المأموم لم يسجد الإمام ولا المأموم في الصلوة ولا بعد الفراغ عند أبي حنيفة
وأبي يوسف وقال محمد يسجدونها إذا فرغوا لأن السبب قد تقرر ولا مانع بخلاف حالة الصلوة
لأنه يؤدي إلى خلاف موضوع الإمامة أو التلاوة ولهما أن المقتدي محجور عن القراءة
لنفاذ تصرف الإمام عليه وتصرف المحجور لا حكم له بخلاف الجنب والحائض لأنهما
منهيان إلا أنه لا يجب على الحائض بتلاوتها كما لا يجب بسماعها لانعدام أهلية الصلوة

بخلاف الجنب ولو سمعها رجل خارج الصلوة سجدها هو الصحيح لأن الحجر ثبت في حقهم
فلا يعدوهم وإن سمعوا وهم في الصلوة من رجل ليس معهم في الصلوة لم يسجدوها في
الصلوة لأنها ليست بصلاتية لأن سماعهم هذه السجدة ليس من أفعال الصلوة وسجدوها
بعدها لتحقق سببها ولو سجدوها في الصلاة لم يجزهم لأنه ناقص لمكان النهي فلا
يتأدى به الكامل وأعادوها لتقرر سببها ولم يعيدوا الصلوة لأن مجرد السجدة
لا ينافي إحرام الصلوة وفي النوادر أنه يفسد لأنهم زادوا فيها ما ليس منها وقيل
هو قول محمد وإن قرأها الإمام وسمعها رجل ليس معه في الصلوة فدخل معه بعد ما سجدها
الإمام لم يكن عليه أن يسجدها لأنه صار مدركا لها بإدراك تلك الركعة وإن دخل معه قبل
أن يسجدها سجدها معه لأنه لو لم يسمعها سجدها معه فههنا أولى وإن لم يدخل معه سجدها
لتحقق السبب وكل سجدة وجبت في الصلوة فلم يسجدها فيها لم تقض خارج الصلوة
لأنها صلاتية ولها مزية الصلوة فلا تتأدى بالناقص ومن تلا سجدة فلم يسجدها حتى
دخل في صلوة فأعادها وسجد أجزأته السجدة عن التلاوتين لأن الثانية أقوى لكونها
صلاتية فاستتبعت الأولى وفي النوادر يسجد أخرى بعد الفراغ لأن للأولى قوة السبق
فاستويا قلنا للثانية قوة اتصال المقصود فترجحت بها وإن تلاها فسجد ثم دخل في الصلوة
فتلاها سجد لها لأن الثانية هي المستتبعة ولا وجه إلى إلحاقها بالأولى لأنه يؤدي إلى
سبق الحكم على السبب ومن كرر تلاوة سجدة واحدة في مجلس واحد أجزأته سجدة واحدة
وإن قرأها في مجلسه فسجدها ثم ذهب ورجع فقرأها سجدها ثانية وإن لم يكن سجد للأولى
فعليه سجدتان والأصل أن مبنى السجدة على التداخل دفعا للحرج وهو تداخل في السبب
دون الحكم وهذا أليق بالعبادات والثاني بالعقوبات وإمكان التداخل عند اتحاد
المجلس لكونه جامعا للمتفرقات فإذا اختلف عاد الحكم إلى الأصل ولا يختلف بمجرد
القيام بخلاف المخيرة لأنه دليل الإعراض وهو المبطل هناك وفي تسدية الثوب يتكرر
الوجوب وفي المنتقل من غصن إلى غصن كذلك في الأصح وكذا في الدياسة للاحتياط
ولو تبدل مجلس السامع دون التالي يتكرر الوجوب لأن السبب في حقه السماع وكذا
إذا تبدل مجلس التالي دون السامع على ما قيل والأصح أنه لا يتكرر الوجوب على السامع
لما قلنا ومن أراد السجود كبر ولم يرفع يديه وسجد ثم كبر ورفع رأسه اعتبارا بسجدة
الصلوة وهو المروي عن ابن مسعود رض ولا تشهد عليه ولا سلام لأن ذلك للتحلل
وهو يستدعي سبق التحريمة وهي منعدمة ويكره أن يقرأ السورة في صلوة أو غيرها ويدع

آية السجدة لأنه يشبه الاستنكاف عنها ولا بأس بأن يقرأ آية السجدة ويدع ما سواها لأنه
مبادرة إليها قال وأحب إلي أن يقرأ قبلها آية أو آيتين دفعا لوهم التفضيل واستحسنوا
إخفاءها شفقة على السامعين **باب صلاة المسافر** السفر الذي يتغير به
الأحكام أن يقصد مسيرة ثلاثة أيام ولياليها بسير الإبل ومشي الأقدام لقوله عليه السلام
يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلاثة أيام ولياليها عمت الرخصة الجنس ومن ضرورته
عموم التقدير وقدر أبو يوسف بيومين وأكثر اليوم الثالث والشافعي بيوم وليلة
في قول وكفى بالسنة حجة عليهما والسير المذكور هو الوسط وعن أبي حنيفة التقدير
بالمراحل وهو قريب من الأول ولا معتبر بالفراسخ هو الصحيح ولا يعتبر السير في الماء
معناه لا يعتبر السير في البر فأما المعتبر في البحر فما يليق بحاله كما في الجبل وفرض المسافر
في الرباعية ركعتان لا يزيد عليهما وقال الشافعي فرضه الأربع والقصر رخصة اعتبارا
بالصوم ولنا أن الشفع الثاني لا يقضى ولا يؤثم على تركه وهذا آية النافلة بخلاف
الصوم لأنه يقضى فإن صلى أربعا وقعد في الثانية قدر التشهد أجزأته والأخريان
له نافلة اعتبارا بالفجر ويصير مسيئا لتأخير السلام وإن لم يقعد في الثانية قدرها بطلت
لاختلاط النافلة بها قبل إكمال أركانها وإذا فارق المسافر بيوت المصر صلى ركعتين
لأن الإقامة تتعلق بدخولها فيتعلق السفر بالخروج عنها وفيه الأثر عن علي لو جاوزنا هذا
الخص لقصرنا قال ولا يزال على حكم السفر حتى ينوي الإقامة في بلد أو قرية خمسة عشر يوما
أو أكثر وإن نوى أقل من ذلك قصر لأنه لا بد من اعتبار مدة لأن السفر يجامعه اللبث
فقدرناها بمدة الطهر لأنهما مدتان موجبتان وهو مأثور عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم
والأثر في مثله كالخبر والتقييد بالبلدة والقرية يشير إلى أنه لا تصح نية الإقامة
في المفازة وهو الظاهر ولو دخل مصرا على عزم أن يخرج غدا أو بعد غد ولم
ينو مدة الإقامة حتى بقي على ذلك سنين قصر لأن ابن عمر رضي الله عنهما أقام
بأذربيجان ستة أشهر وكان يقصر وعن جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم مثل ذلك
وإذا دخل العسكر أرض الحرب فنووا الإقامة بها قصروا وكذا إذا حاصروا فيها مدينة
أو حصنا لأن الداخل بين أن يهزم فيقر وبين أن ينهزم فيفر فلم تكن دار إقامة وكذا
إذا حاصروا أهل البغي في دار الإسلام في غير مصر أو حاصروهم في البحر لأن حالهم
مبطل عزيمتهم وعند زفر يصح في الوجهين إذا كانت الشوكة لهم للتمكن من القرار ظاهرا
وعند أبي يوسف يصح إذا كانوا في بيوت المدر لأنه موضع إقامة ونية الإقامة من أهل الكلأ

وهم أهل الأخبية قيل لا يصح والأصح أنهم مقيمون يروى ذلك عن أبي يوسف لأن الإقامة
أصل فلا تبطل بالانتقال من مرعى إلى مرعى وإن اقتدى المسافر بالمقيم في الوقت
أتم أربعا لأنه يتغير فرضه إلى أربع للتبعية كما يتغير بنية الإقامة لاتصال المغير
بالسبب وهو الوقت وإن دخل معه في فائتة لم تجزه لأنه لا يتغير بعد الوقت لانقضاء
السبب كما لا يتغير بنية الإقامة فيكون اقتداء المفترض بالمتنفل في حق القعدة أو القراءة
وإن صلى المسافر بالمقيمين ركعتين سلم وأتم المقيمون صلاتهم لأن المقتدي التزم الموافقة
في الركعتين فينفرد في الباقي كالمسبوق إلا أنه لا يقرأ في الأصح لأنه مقتد تحريمة لا
فعلا والفرض صار مؤدى فيتركها احتياطا بخلاف المسبوق لأنه أدرك قراءة نافلة فلم
يتأد الفرض فكان الإتيان أولى ويستحب للإمام إذا سلم أن يقول أتموا صلاتكم فإنا
قوم سفر لأنه عليه الصلاة والسلام قاله حين صلى بأهل مكة وهو مسافر قال وإذا دخل المسافر في
مصره أتم الصلاة وإن لم ينو المقام فيه لأنه عليه السلام وأصحابه كانوا يسافرون و
يعودون إلى أوطانهم مقيمين من غير عزم جديد قال ومن كان له وطن فانتقل عنه و
استوطن غيره ثم سافر فدخل وطنه الأول قصر لأنه لم يبق وطنا له ألا ترى أنه عليه السلام
بعد الهجرة عد نفسه بمكة من المسافرين وهذا لأن الأصل أن الوطن الأصلي يبطل بمثله
دون السفر ووطن الإقامة يبطل بمثله وبالسفر وبالأصلي قال وإذا نوى المسافر
أن يقيم بمكة ومنى خمسة عشر يوما لم يتم الصلاة لأن اعتبار النية في موضعين يقتضي اعتبارها
في مواضع وهو ممتنع لأن السفر لا يعرى عنه إلا إذا نوى أن يقيم بالليل في أحدهما فيصير
مقيما بدخوله فيه لأن إقامة المرء مضاف إلى مبيته قال ومن فاتته صلاة في السفر
قضاها في الحضر ركعتين ومن فاتته في الحضر قضاها في السفر أربعا لأن القضاء
بحسب الأداء والمعتبر في ذلك آخر الوقت لأنه المعتبر في السببية عند عدم الأداء
قال والعاصي والمطيع في سفرهما في الرخصة سواء وقال الشافعي سفر المعصية لا يفيد
الرخصة لأنها تثبت تخفيفا فلا تتعلق بما يوجب التغليظ ولنا إطلاق النصوص ولأن
نفس السفر ليس بمعصية وإنما المعصية ما يكون بعده أو يجاوره فصلح متعلق الرخصة
باب الجمعة لا تصح الجمعة إلا في مصر جامع أو في مصلى المصر ولا تجوز في القرى
لقوله عليه الصلاة والسلام لا جمعة ولا تشريق ولا فطر ولا أضحى إلا في مصر جامع
والمصر الجامع كل موضع له أمير وقاض ينفذ الأحكام ويقيم الحدود وهذا عند أبي يوسف
وعنه أنهم إذا اجتمعوا في أكبر مساجدهم لم يسعهم والأول اختيار الكرخي وهو الظاهر

والثاني اختيار النبي والحكم غير مقصور على المصلى بل يجوز في جميع افنية المصر لانها بمنزلته
في حوائج اهله قال وتجوز بمنى ان كان الامير امير الحجاز او كان الخليفة مسافرا عند
ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا جمعة بمنى لانها من القرى حتى لا يعيد بها ولهما
انها تتمصر في ايام الموسم وعدم التعييد للتخفيف ولا جمعة بعرفات في قولهم جميعا لانها
فضاء وبمنى ابنية والتقييد بالخليفة وامير الحجاز لان الولاية لهما اما امير الموسم
فيلي امور الحج لا غير ولا يجوز اقامتها الا للسلطان او لمن امره السلطان لانها تقام
بجمع عظيم وقد تقع المنازعة في التقدم والتقديم وقد تقع في غيره فلا بد منه تتميما
لامره قال ومن شرائطها الوقت فتصح في وقت الظهر ولا تصح بعده لقوله عليه الصلوة
اذا مالت الشمس فصل بالناس الجمعة ولو خرج الوقت وهو فيها استقبل الظهر ولا
يبنيه عليها لاختلافهما ومنها الخطبة لانه عليه السلام ما صلاها بدون الخطبة في عمره
وهي قبل الصلوة به وردت السنة ويخطب خطبتين يفصل بينهما بقعدة به جرى
التوارث ويخطب قائما على الطهارة لان القيام فيهما متوارث ثم هي شرط الصلوة
فيستحب فيها الطهارة كالاذان ولو خطب قاعدا او على غير طهارة جاز لحصول
المقصود الا انه يكره لمخالفة التوارث وللفصل بينها وبين الصلوة فان اقتصر على
ذكر الله تعالى جاز عند ابي حنيفة وقالا لا بد من ذكر طويل يسمى خطبة لان الخطبة
هي الواجبة والتسبيحة والتحميدة لا تسمى خطبة وقال الشافعي لا يجوز حتى يخطب خطبتين
اعتبارا بالمتعارف وله قوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله من غير فصل وعن عثمان رضي الله عنه
انه قال الحمد لله فارتج عليه فنزل وصلى قال ومن شرائطها الجماعة لان الجمعة مشتقة
منها واقلهم عند ابي حنيفة ثلثة سوى الامام وقالا اثنان سواه قال والاصح ان هذا قول
ابي يوسف وحده له ان في المثنى معنى الاجتماع وهي منبئة عنه ولهما ان الجمع الصحيح انما هو
الثلث لانه جمع تسمية ومعنى والجماعة شرط على حدة وكذا الامام فلا يعتبر منهم قال فان نفر
الناس قبل ان يركع الامام ويسجد ولم يبق الا النساء والصبيان استقبل الظهر عند ابي حنيفة وقالا
اذا نفروا عنه بعد ما افتتح الصلوة صلى الجمعة وان نفروا عنه بعد ما ركع وسجد سجدة بنى على الجمعة
في قولهم جميعا خلافا لزفر هو يقول انها شرط فلا بد من دوامها كالوقت ولهما ان الجماعة
شرط الانعقاد فلا يشترط دوامها كالخطبة ولابي حنيفة ان الانعقاد بالشروع في الصلوة
ولا يتم ذلك الا بتمام الركعة لان ما دونها ليس بصلوة فلا بد من دوامها اليها بخلاف الخطبة
لانها تنافي الصلوة فلا يشترط دوامها ولا معتبر ببقاء النسوان وكذا الصبيان لانه

لا تنعقد بهم الجمعة فلا يتم بهم الجماعة قال ولا تجب الجمعة على مسافر ولا مريض ولا عبد
ولا امرأة ولا اعمى لان المسافر يحرج في الحضور وكذا المريض والاعمى والعبد مشغول
بخدمة المولى والمرأة بخدمة الزوج فعذروا دفعا للحرج والضرر فان حضروا وصلوا
مع الناس اجزاهم عن فرض الوقت لانهم تحملوه فصاروا كالمسافر اذا صام ويجوز للمسافر
والعبد والمريض ان يؤم في الجمعة وقال زفر لا يجزيه لانه لا فرض عليه فاشبه الصبي
والمرأة ولنا ان هذه رخصة فاذا حضروا تقع فرضا على ما بينا اما الصبي فمسلوب الاهلية
والمرأة لا تصلح لامامة الرجال وتنعقد بهم الجمعة لانهم صلحوا للامامة فيصلحون للاقتداء
بالطريق الاولى قال ومن صلى الظهر في منزله يوم الجمعة قبل صلوة الامام ولا عذر له كره له
ذلك وجازت صلوته وقال زفر لا يجزيه لان عنده الجمعة هي الفريضة اصالة والظهر
كالبدل عنها ولا مصير الى البدل مع القدرة على الاصل ولنا ان اصل الفرض هو الظهر
في حق الكافة هذا هو الظاهر الا انه مأمور باسقاطه باداء الجمعة وهذا لانه متمكن من اداء
الظهر بنفسه دون الجمعة لتوقفها على شرائط لا تتم به وحده وعلى التمكن يدور التكليف قال
فان بدا له ان يحضرها فتوجه اليها والامام فيها بطل ظهره عند ابي حنيفة بالسعي وقالا
لا يبطل حتى يدخل مع الامام لان السعي دون الظهر فلا ينقضه بعد تمامه والجمعة فوقها
فتنقضها وصار كما اذا توجه بعد فراغ الامام وله ان السعي الى الجمعة من خصائص الجمعة
فينزل منزلتها في حق ارتفاض الظهر احتياطا بخلاف ما بعد الفراغ منها لانه ليس بسعي
اليها ويكره ان يصلي المعذور الظهر بجماعة يوم الجمعة في المصر وكذا اهل السجن
لما فيه من الاخلال بالجمعة اذ هي جامعة للجماعات والمعذور قد يقتدى به غيره بخلاف
اهل السواد لانه لا جمعة عليهم ولو صلى قوم اجزاهم لاستجماع شرائطه قال ومن ادرك
الامام يوم الجمعة صلى معه ما ادرك وبنى عليها الجمعة لقوله عليه السلام ما ادركتم فصلوا
وما فاتكم فاقضوا فان كان ادركه في التشهد او في سجود السهو بنى عليها الجمعة عندهما
وقال محمد ان ادرك معه اكثر الركعة الثانية بنى عليها الجمعة وان ادرك اقلها بنى عليها
الظهر لانه جمعة من وجه ظهر من وجه لفوات بعض الشرائط في حقه فيصلي اربعا اعتبارا
للظهر ويقعد لا محالة على راس الركعتين اعتبارا للجمعة ويقرأ في الاخريين لاحتمال النفلية
ولهما انه مدرك للجمعة في هذه الحالة حتى تشترط نية الجمعة وهي ركعتان ولا وجه لما ذكر
لانهما مختلفان لا يبنى احدهما على تحريمة الاخر قال واذا خرج الامام يوم الجمعة ترك
الناس الصلوة والكلام حتى يفرغ من خطبته قال وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا بأس

بالكلام اذا خرج الامام قبل ان يخطب واذا نزل قبل ان يكبر لان الكراهة للاخلال
بفرض الاستماع ولا استماع هنا بخلاف الصلوة لانه قد يمتد ولابي حنيفة قوله عليه السلام اذا خرج الامام فلا
صلوة ولا كلام من غير فصل ولان الكلام قد يمتد طبعا فاشبه الصلوة واذا اذن
المؤذنون الاذان الاول ترك الناس البيع وتوجهوا الى الجمعة لقوله تعالى فاسعوا الى ذكر
الله وذروا البيع واذا صعد الامام المنبر جلس واذن المؤذنون بين يدي المنبر بذلك
جرى التوارث ولم يكن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الا هذا الاذان ولهذا
قيل هو المعتبر في وجوب السعي وحرمة البيع والاصح ان المعتبر هو الاول اذا كان بعد
الزوال لحصول الاعلام به

باب العيدين

قال وتجب صلاة العيد على من
تجب عليه صلوة الجمعة وفي الجامع الصغير عيدان اجتمعا في يوم واحد فالاول سنة
والثاني فريضة ولا يترك واحد منهما قال رضي الله عنه وهذا تنصيص على السنة والاول على الوجوب
وهو رواية عن ابي حنيفة وجه الاول مواظبة النبي عليه السلام عليها وجه الثاني قوله عليه السلام
في حديث الاعرابي حين قال هل علي غيرهن فقال لا الا ان تطوع والاول اصح وتسميته
سنة لوجوبه بالسنة قال ويستحب في يوم الفطر ان يطعم قبل ان يخرج الى المصلى ويغتسل
ويستاك ويتطيب لما روي انه عليه الصلوة والسلام كان يطعم في يوم الفطر قبل ان يخرج
الى المصلى وكان يغتسل في العيدين ولانه يوم اجتماع فيسن فيه الغسل والطيب كما في الجمعة
ويلبس احسن ثيابه لانه عليه السلام كانت له جبة فنك او صوف يلبسها في الاعياد
ويؤدي صدقة الفطر اغناء للفقير ليتفرغ قلبه للصلوة قال ويتوجه الى المصلى
ولا يكبر عند ابي حنيفة في طريق المصلى وعندهما يكبر اعتبارا بالاضحى وله ان الاصل
في الثناء الاخفاء والشرع ورد به في الاضحى لانه يوم تكبير ولا كذلك الفطر قال
ولا يتنفل في المصلى قبل العيد لانه عليه السلام لم يفعل مع حرصه على الصلوة ثم قيل
الكراهة في المصلى خاصة وقيل فيه وفي غيره عامة لانه عليه الصلوة والسلام لم يفعله واذا
حلت الصلوة بارتفاع الشمس دخل وقتها الى الزوال فاذا زالت الشمس خرج وقتها
لانه عليه السلام كان يصلي العيد والشمس على قيد رمح او رمحين ولما شهدوا بالهلال
بعد الزوال امر بالخروج الى المصلى من الغد قال ويصلي الامام بالناس ركعتين يكبر
في الاولى للافتتاح وثلثا بعدها ثم يقرأ الفاتحة وسورة ويكبر تكبيرة يركع بها
ثم يبتدئ في الركعة الثانية بالقراءة ثم يكبر ثلثا بعدها ويكبر تكبيرة رابعة يركع بها وهذا
قول ابن مسعود رض وهو قولنا وقال ابن عباس رض يكبر في الاولى للافتتاح وخمسا

بعدها وفي الثانية يكبر خمسا ثم يقرأ وفي رواية يكبر اربعا وظهر عمل العامة اليوم بقول
ابن عباس رضي الله تعالى عنهما لامر بنيه الخلفاء فاما المذهب فالقول الاول لان التكبير
ورفع الايدي خلاف المعهود فكان الاخذ بالاقل اولى ثم التكبيرات من اعلام الدين
حتى يجهر بها فكان الاصل فيه الجمع وفي الركعة الاولى يجب الحاقها بتكبيرة الافتتاح
لقوتها من حيث الفرضية والسبق وفي الثانية لم يوجد الا تكبيرة الركوع فوجب الضم
اليها والشافعي اخذ بقول ابن عباس رض الا انه حمل المروي على الزوائد فصارت
التكبيرات عنده خمسة عشر او ستة عشر ويرفع يديه في تكبيرات العيدين يريد به
ما سوى تكبيرتي الركوع لقوله عليه السلام لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر
من جملتها تكبيرات الاعياد وعن ابي يوسف انه لا يرفع والحجة عليه ما روينا قال ثم يخطب
بعد الصلاة خطبتين بذلك ورد النقل المستفيض يعلم فيها صدقة الفطر واحكامها
لانها شرعت لاجله ومن فاتته صلوة العيد مع الامام لم يقضها لان الصلوة بهذه
الصفة لم تعرف قربة الا بشرائط لا تتم بالمنفرد فان غم الهلال وشهدوا عند الامام
بالهلال بعد الزوال صلى العيد من الغد لان هذا تأخير بعذر وقد ورد فيه الحديث
فان حدث عذر يمنع من الصلاة في اليوم الثاني لم يصلها بعده لان الاصل فيها ان
لا تقضى كالجمعة الا انا تركناه بالحديث وقد ورد بالتأخير الى اليوم الثاني عند
العذر قال ويستحب في يوم الاضحى ان يغتسل ويتطيب لما ذكرنا ويؤخر الاكل حتى يفرغ
من الصلوة لما روي انه عليه السلام كان لا يطعم في يوم النحر حتى يرجع فيأكل من اضحيته
ويتوجه الى المصلى وهو يكبر لانه عليه السلام كان يكبر في الطريق ويصلي ركعتين كالفطر
كذلك نقل ويخطب خطبتين بعدها لانه عليه السلام كذلك فعل ويعلم الناس فيها
الاضحية وتكبير التشريق لانه مشروع الوقت والخطبة ما شرعت الا لتعليمه فان كان عذر
يمنع من الصلوة في يوم الاضحى صلاها من الغد وبعد الغد ولا يصليها بعد ذلك لان الصلاة
مؤقتة بوقت الاضحية فتتقيد بايامها لكنه مسيء في التأخير من غير عذر لمخالفة المنقول
والتعريف الذي يصنعه الناس ليس بشيء وهو ان يجتمع الناس يوم عرفة في بعض المواضع
تشبها بالواقفين بعرفة لان الوقوف عرف عبادة مختصة بمكان فلا يكون عبادة
دونها كسائر المناسك

فصل في تكبيرات التشريق

قال ويبدأ بتكبير التشريق بعد صلوة
الفجر من يوم عرفة ويختم عقيب العصر من يوم النحر عند ابي حنيفة وقالا يختم عقيب
صلوة العصر من آخر ايام التشريق والمسألة مختلفة بين الصحابة فاخذ بقول

على رضي الله عنه اخذا بالاكثر اذ هو الاحتياط في العبادات واخذ بقول ابن مسعود رض
اخذا بالاقل لان الجهر بالتكبير بدعة والتكبير ان يقول مرة واحدة الله اكبر الله اكبر
لا اله الا الله والله اكبر الله اكبر ولله الحمد هذا هو الماثور عن الخليل عليه الصلوة والسلام
وهو عقيب الصلوات المفروضات على المقيمين في الامصار في الجماعات المستحبة
عند ابي حنيفة وليس على جماعات النساء اذا لم يكن معهن رجل وقالا هو على كل من صلى
المكتوبة لانه تبع للمكتوبة وله ما روينا من قبل والتشريق هو التكبير كذا نقل عن الخليل
ابن احمد ولان الجهر بالتكبير خلاف السنة والشرع ورد به عند استجماع هذه الشرائط
الا انه يجب على النساء اذا اقتدين بالرجال وعلى المسافرين عند اقتدائهم بالمقيم بطريق
التبعية قال يعقوب رح صليت بهم صلوة المغرب فسهوت ان اكبر فكبر ابو حنيفة
دل ان الامام وان ترك التكبير لا يتركه المقتدي وهذا لانه لا يؤدى في حرمة الصلوة
فلم يكن الامام فيه حتما وانما هو مستحب **باب صلوة الكسوف والخسوف** قال اذا
انكسفت الشمس صلى الامام بالناس ركعتين كهيئة النافلة في كل ركعة ركوع واحد
وقالا ركوعان لهم رواية عائشة رضي الله عنها ولنا رواية ابن عمر رض
والحال انكشف على الرجال لقربهم فكان الترجيح لروايته ويطول القراءة فيهما و
يخفي عند ابي حنيفة وقالا يجهر وعن محمد مثل قول ابي حنيفة رحمهما الله اما التطويل
في القراءة فبيان الافضل ويخفف ان شاء لان المسنون استيعاب الوقت بالصلوة والدعاء
فاذا خفف احديهما طول الاخر واما الجهر والاخفاء فلهما رواية عائشة رضي الله عنها انه
عليه الصلوة والسلام جهر فيها وله رواية ابن عباس رضي الله عنهما وسمرة رض والترجيح
قد مر من قبل كيف وانها صلوة النهار وهي عجماء ويدعو بعدها حتى تنجلي الشمس
لقوله عليه السلام اذا رايتم من هذه الافزاع شيئا فارغبوا الى الله تعالى بالدعاء والسنة
في الادعية تاخيرها عن الصلوة قال ويصلي بهم الامام الذي يصلي الجمعة فان لم يحضر
صلى الناس فرادى تحرزا عن الفتنة وليس في خسوف القمر جماعة لتعذر الاجتماع
بالليل او لخوف الفتنة وانما يصلي كل واحد بنفسه لقوله عليه السلام اذا رايتم شيئا
من هذه الاهوال فافزعوا الى الصلوة وليس في الكسوف خطبة لانه لم ينقل
باب الاستسقاء قال ابو حنيفة ليس في الاستسقاء صلوة مسنونة في جماعة
فان صلى الناس وحدانا جاز وانما الاستسقاء الدعاء والاستغفار لقوله تعالى استغفروا
ربكم انه كان غفارا الاية ورسول الله صلى الله عليه وسلم استسقى ولم يرو عنه الصلوة

وقالا يصلي الامام ركعتين لما روي انه عليه الصلوة والسلام صلى فيه ركعتين كصلوة العيد
رواه ابن عباس رض قلنا فعله مرة وتركه اخرى فلم يكن سنة وقد ذكر في الاصل
قول محمد وحده ويجهر فيهما بالقراءة اعتبارا بصلوة العيد ثم يخطب لما روي
انه عليه الصلوة والسلام خطب ثم هي كخطبة العيد عند محمد وعند ابي يوسف خطبة واحدة
ولا خطبة عند ابي حنيفة لانها تبع للجماعة ولا جماعة عنده ويستقبل القبلة بالدعاء
لما روي انه عليه السلام استقبل القبلة وحول رداءه ويقلب رداءه لما روينا قال
هذا قول محمد اما عند ابي حنيفة لا يقلب لانه دعاء فيعتبر بسائر الادعية وما
رواه كان تفاؤلا ولا يقلب القوم ارديتهم لانه لم ينقل انه عليه السلام
امرهم بذلك ولا يحضر اهل الذمة الاستسقاء لانه لاستنزال الرحمة وانما تنزل
عليهم اللعنة **باب صلوة الخوف** اذا اشتد الخوف جعل الامام الناس طائفتين
طائفة الى وجه العدو وطائفة خلفه فيصلي بهذه الطائفة ركعة وسجدتين فاذا
رفع راسه من السجدة الثانية مضت هذه الطائفة الى وجه العدو وجاءت تلك الطائفة
فيصلي بهم الامام ركعة وسجدتين وتشهد وسلم ولم يسلموا وذهبوا الى وجه العدو
وجاءت الطائفة الاولى وصلوا ركعة وسجدتين وحدانا بغير قراءة لانهم لاحقون
وتشهدوا وسلموا ومضوا الى وجه العدو وجاءت الطائفة الاخرى وصلوا
ركعة وسجدتين بقراءة لانهم مسبوقون وتشهدوا وسلموا والاصل فيه رواية ابن
مسعود رض ان النبي عليه الصلوة والسلام صلى صلوة الخوف على الصفة التي قلنا وابو يوسف
وان انكر شرعيتها في زماننا فهو محجوج عليه بما روينا قال وان كان الامام مقيما
صلى بالطائفة الاولى ركعتين وبالطائفة الثانية ركعتين لما روي انه عليه الصلوة والسلام
صلى الظهر بالطائفتين ركعتين ركعتين ويصلي بالطائفة الاولى ركعتين من المغرب
وبالثانية ركعة لان تنصيف الركعة الواحدة غير ممكن فجعلها في الاولى اولى بحكم
السبق ولا يقاتلون في حال الصلوة فان فعلوا ذلك بطلت صلوتهم لانه عليه السلام
شغل عن اربع صلوات يوم الاحزاب ولو جاز الاداء مع القتال لما تركها فان اشتد
الخوف صلوا ركبانا فرادى يومئون بالركوع والسجود الى اي جهة شاؤا اذا
لم يقدروا على التوجه الى القبلة لقوله تعالى فان خفتم فرجالا او ركبانا وسقط
التوجه للضرورة وعن محمد انهم يصلون بجماعة وليس بصحيح لانعدام الاتحاد
في المكان **باب الجنايز** قال اذا احتضر الرجل وجه الى القبلة على شقه

الا ان يشق عليه اعتبارا بحال الوضع في القبر لانه اشرف عليه والمختار في بلادنا الاستلقاء لانه ايسر
لخروج الروح ولقن الشهادة لقوله عليه السلام لقنوا موتاكم شهادة ان لا اله الا الله
والمراد الذي قرب من الموت فاذا مات شد لحياه وغمض عيناه بذلك جرى التوارث
ثم فيه تحسينه فيستحسن **فصل في الغسل** واذا ارادوا غسله وضعوه على سرير لينصب
الماء منه وجعلوا على عورته خرقة اقامة لواجب الستر ويكتفى بستر العورة الغليظة هو الصحيح
تيسيرا ونزعوا ثيابه ليمكنهم التنظيف ووضؤوه من غير مضمضة واستنشاق لان الوضوء
سنة الاغتسال غير ان اخراج الماء منه متعذر فيتركان ثم يفيضون الماء عليه اعتبارا
بحالة الحيوة ويجمر سريره وترا لما فيه من تعظيم الميت وانما يوتر لقوله عليه السلام ان الله تعالى
وتر يحب الوتر ويغلى الماء بالسدر او بالحرض مبالغة في التنظيف فان لم يكن
فالماء القراح لحصول المقصود ويغسل راسه ولحيته بالخطمي ليكون انظف ثم يضجع على
شقه الايسر فيغسل بالماء والسدر حتى يرى ان الماء قد خلص الى ما يلي التخت منه
ثم يضجع على شقه الايمن فيغسل حتى يرى ان الماء قد وصل الى ما يلي التخت منه لان
السنة هو البداية بالميامن ثم يجلسه ويسنده اليه ويمسح بطنه مسحا رفيقا تحرزا عن تلويث
الكفن فان خرج منه شيء غسله ولا يعيد غسله ولا وضوءه لان الغسل عرفناه بالنص
وقد حصل مرة ثم ينشفه بثوب كيلا تبتل اكفانه ويجعله اي الميت في اكفانه ويجعل
الحنوط على راسه ولحيته والكافور على مساجده لان التطيب سنة والمساجد اولى
بزيادة الكرامة ولا يسرح شعر الميت ولا لحيته ولا يقص ظفره ولا شعره لقول عائشة
علام تنصون ميتكم ولان هذه الاشياء للزينة وقد استغنى الميت عنها وفي الحي كان
تنظيفا لاجتماع الوسخ تحته وصار كالختان **فصل في التكفين** قال والسنة ان يكفن
الرجل في ثلاثة اثواب ازار وقميص ولفافة لما روي انه صلى الله تعالى عليه وسلم كفن في
ثلاثة اثواب ازار وقميص ولفافة لما روي انه عليه السلام كفن في ثلاثة اثواب بيض سحولية
ولانه اكثر ما يلبسه عادة في حيوته فكذا بعد مماته فان اقتصروا على ثوبين جاز
والثوبان ازار ولفافة وهذا كفن الكفاية لقول ابي بكر رضي الله عنه اغسلوا
ثوبي هذين وكفنوني فيهما ولانه ادنى لباس الاحياء والازار من القرن الى القدم
واللفافة كذلك والقميص من اصل العنق الى القدم فان ارادوا لف الكفن ابتدأوا بجانبه
الايسر فلفوه ثم بالايمن كما في حالة الحيوة وبسطه ان تبسط اللفافة ثم تبسط عليها
الازار ثم يقمص الميت ويوضع على الازار ثم يعطف الازار من قبل اليسار ثم من قبل اليمين

والازار من القرن الى القدم واللفافة كذلك والقميص من اصل العنق الى القدم

ثم اللفافة كذلك فان خافوا ان ينتشر الكفن عنه عقدوه صيانة عن الكشف وتكفن المراة
في خمسة اثواب درع وازار وخمار ولفافة وخرقة تربط فوق ثدييها لحديث ام عطية
ان النبي عليه الصلوة والسلام اعطى اللواتي غسلن ابنته خمسة اثواب ولانها تخرج فيها حالة الحيوة
فكذا بعد الممات هذا بيان كفن السنة وان اقتصروا على ثلاثة اثواب جاز وهي ثوبان وخمار
وهو كفن الكفاية ويكره اقل من ذلك وفي الرجل يكره الاقتصار على ثوب واحد الا في
حالة الضرورة لان مصعب بن عمير رض حين استشهد كفن في ثوب واحد وهذا كفن
الضرورة وتلبس المراة الدرع اولا ثم يجعل شعرها ضفيرتين على صدرها فوق الدرع
ثم الخمار فوق ذلك تحت اللفافة قال وتجمر الاكفان قبل ان يدرج فيها وترا لانه عليه السلام
امر باجمار اكفان ابنته وترا والاجمار هو التطييب فاذا فرغوا عنه صلوا عليه لانها فرض
فصل في الصلوة على الميت قال واولى الناس بالصلوة السلطان ان حضر لان في التقدم
عليه ازدراء به فان لم يحضر فالقاضي لانه صاحب الولاية فان لم يحضر فيستحب
تقديم امام الحي لانه رضيه في حال حيوته قال ثم الولي والاولياء على الترتيب المذكور
في النكاح فان صلى غير الولي والسلطان اعاد الولي ان شاء لما ذكرنا ان الحق
للاولياء وان صلى الولي لم يجز لاحد ان يصلي بعده لان الفرض تادى بالاولى والتنفل بها
غير مشروع ولهذا راينا الناس تركوا من اخرهم الصلوة على قبر رسول الله صلى الله عليه
وسلم وهو اليوم كما وضع وان دفن الميت ولم يصل عليه صلي على قبره لانه عليه السلام صلى
على قبر امراة من الانصار ويصلى عليه قبل ان يتفسخ والمعتبر في معرفة ذلك اكبر الراي
هو الصحيح لاختلاف الحال والزمان والمكان قال والصلوة ان يكبر تكبيرة يحمد الله
تعالى عقيبها ثم يكبر تكبيرة ويصلي على النبي عليه الصلوة والسلام ثم يكبر تكبيرة يدعو فيها
لنفسه وللميت وللمسلمين ثم يكبر الرابعة ويسلم لان النبي عليه السلام كبر اربعا في اخر صلاة
صلاها فنسخت ما قبلها ولو كبر الامام خمسا لم يتابعه المؤتم خلافا لزفر لانه منسوخ
لما روينا وينتظر تسليم الامام في رواية وهو المختار ولو قال بدل الدعوات استغفر
للميت والبداية بالثناء ثم بالصلوات سنة الدعاء ولا يستغفر للصبي ولكن يقول
اللهم اجعله لنا فرطا واجعله لنا ذخرا واجعله لنا شافعا مشفعا ولو كبر الامام
تكبيرة او تكبيرتين لا يكبر الاتي حتى يكبر اخرى بعد حضوره عند ابي حنيفة ومحمد رح
وقال ابو يوسف يكبر حين يحضر لان الاولى للافتتاح والمسبوق ياتي به ولهما ان كل
تكبيرة قائمة مقام ركعة والمسبوق لا يبتدئ بما فاته اذ هو منسوخ ولو كان حاضرا

ويكون الخمار فوق القميص تحت اللفافة

لم يكبر مع الامام لا ينتظر الثانية بالاتفاق لانه بمنزلة المدرك قال ويقوم الذي يصلي على الرجل والمرأة بحذاء الصدر لانه موضع القلب وفيه نور الايمان فيكون القيام عنده اشارة الى الشفاعة لايمانه وعن ابي حنيفة انه يقوم من الرجل بحذاء رأسه ومن المرأة بحذاء وسطها لان انسا رض فعل كذلك وقال هو السنة قلنا تأويله ان جنازتها لم تكن منعوشة فحال بينها وبينهم فان صلوا على جنازة ركبانا اجزأهم في القياس لانه دعاء وفي الاستحسان لا يجزئهم لانها صلاة من وجه لوجود التحريمة فلا يجوز تركه من غير عذر احتياطا ولا باس بالاذن في صلاة الجنازة لان التقدم حق الولي فيملك ابطاله بتقديم غيره وفي بعض النسخ لا باس بالاذان اي الاعلام وهو ان يعلم بعضهم بعضا ليقضوا حقه ولا يصلى على ميت في مسجد جماعة لقوله عليه السلام من صلى على جنازة في المسجد فلا اجر له ولانه بني لاداء المكتوبات ولانه يحتمل تلويث المسجد وفيما اذا كان الميت خارج المسجد اختلاف المشايخ رحمهم الله ومن استهل بعد الولادة سمي وغسل وصلي عليه لقوله عليه السلام اذا استهل المولود صلي عليه وان لم يستهل لم يصل عليه ولان الاستهلال دلالة الحيوة فتحقق في حقه سنة الموتى وان لم يستهل ادرج في خرقة كرامة لبني آدم ولم يصل عليه لما روينا ويغسل في غير الظاهر من الرواية لانه نفس من وجه وهو المختار قال واذا سبي صبي مع احد ابويه فمات لم يصل عليه لانه تبع لهما الا ان يقر بالاسلام وهو يعقل لانه صح اسلامه استحسانا او يسلم احد ابويه لانه يتبع خير الابوين دينا وان لم يسب معه احد ابويه صلي عليه لانه ظهرت تبعية الدار فحكم بالاسلام كما في اللقيط واذا مات الكافر وله ولي مسلم فانه يغسله ويكفنه ويدفنه بذلك امر علي رض في حق ابيه ابي طالب لكن يغسل غسل الثوب النجس ويلف في خرقة ويحفر حفيرة من غير مراعاة سنة التكفين واللحد ولا يوضع فيه بل يلقى

فصل في حمل الجنازة

واذا حملوا الميت على سريره اخذوا بقوائمه الاربع بذلك وردت السنة وفيه تكثير الجماعة وزيادة الاكرام والصيانة وقال الشافعي السنة ان يحملها رجلان يضعها السابق على اصل عنقه والثاني على اعلى صدره لان جنازة سعد بن معاذ رض هكذا حملت قلنا كان ذلك لازدحام الملائكة ويمشون به مسرعين دون الخبب لانه عليه السلام حين سئل عنه قال ما دون الخبب واذا بلغوا الى قبره يكره ان يجلسوا قبل ان يوضع عن اعناق الرجال لانه قد تقع الحاجة الى التعاون والقيام امكن منه قال وكيفية الحمل ان تضع مقدم الجنازة على يمينك ثم مؤخرها على يمينك ثم مقدمها على يسارك ثم مؤخرها على يسارك ايثارا للتيامن وهذا في حالة

التناوب

التناوب

فصل في الدفن

ويحفر القبر ويلحد لقوله عليه السلام اللحد لنا والشق لغيرنا ويدخل الميت مما يلي القبلة خلافا للشافعي فان عنده يسل سلا لما روي انه عليه السلام سل سلا ولنا ان جانب القبلة معظم فيستحب الادخال منه واضطربت الروايات في ادخال النبي عليه السلام فاذا وضع في لحده يقول واضعه بسم الله وعلى ملة رسول الله كذا قال رسول الله عليه السلام حين وضع ابا دجانة في القبر ويوجه الى القبلة بذلك امر رسول الله صلى الله عليه وسلم ويحل العقدة لوقوع الامن من الانتشار ويسوي اللبن عليه لان النبي عليه السلام جعل على قبره اللبن قال ويسجى قبر المرأة بثوب حتى يجعل اللبن على اللحد ولا يسجى قبر الرجل لان مبنى حالهن على الستر ومبنى حال الرجال على الانكشاف ويكره الآجر والخشب لانهما لاحكام البناء والقبر موضع البلى ثم بالآجر اثر النار فيكره تفاؤلا ولا باس بالقصب وفي الجامع الصغير ويستحب اللبن والقصب لانه عليه السلام جعل على قبره طن من قصب ثم يهال التراب عليه ويسنم القبر ولا يسطح لانه عليه السلام نهى عن تربيع القبور ومن شاهد قبر النبي صلى الله عليه وسلم اخبر انه مسنم

باب الشهيد

قال الشهيد من قتله المشركون او وجد في المعركة وبه اثر او قتله المسلمون ظلما ولم يجب بقتله دية فيكفن ويصلى عليه ولا يغسل لانه في معنى شهداء احد وقال عليه السلام فيهم زملوهم بكلومهم ودمائهم ولا تغسلوهم فكل من قتل بالحديدة ظلما وهو طاهر بالغ ولم يجب بقتله عوض مالي فهو في معناهم فيلحق بهم والمراد بالاثر الجراحة لانها دلالة القتل وكذا خروج الدم من موضع غير معتاد كالعين ونحوها والشافعي يخالفنا في الصلوة ويقول السيف محاء للذنوب فاغنى عن الشفاعة ونحن نقول الصلوة على الميت لاظهار كرامته والشهيد اولى بها والطاهر عن الذنوب لا يستغني عن الدعاء كالنبي عليه السلام والصبي قال ومن قتله اهل الحرب واهل البغي او قطاع الطريق فباي شيء قتلوه لم يغسل لان شهداء احد ما كان كلهم قتيل السيف والسلاح قال واذا استشهد الجنب غسل عند ابي حنيفة وقالا لا يغسل لان ما وجب بالجنابة سقط بالموت والثاني لم يجب للشهادة ولابي حنيفة ان الشهادة عرفت مانعة غير رافعة فلا ترفع الجنابة وقد صح ان حنظلة رض لما استشهد جنبا غسلته الملائكة وعلى هذا الخلاف الحائض والنفساء اذا طهرتا وكذا قبل الانقطاع في الصحيح من الرواية وعلى هذا الخلاف الصبي لهما ان الصبي احق بهذه الكرامة وله ان السيف كفى عن الغسل في حق شهداء احد بوصف كونه طهرة ولا ذنب للصبي فلم يكن في معناهم قال ولا يغسل عن الشهيد دمه

ولا ينزع عنه ثيابه لما روينا وينزع عنه الفرو والحشو والقلنسوة والخف والسلاح لانها
ليست من جنس الكفن ويزيدون وينقصون ما شاؤا اتماما للكفن قال ومن ارتث
غسل وهو من صار خلقا في حكم الشهادة لنيل مرافق الحيوة لان بذلك يخف اثر الظلم
فلم يكن في معنى شهداء احد قال والارتثاث ان ياكل او يشرب او ينام او يداوي او ينقل
من المعركة حيا لانه نال بعض مرافق الحيوة وشهداء احد ماتوا عطاشا والكاس تدار عليهم خوفا
عن نقصان الشهادة الا اذا حمل من مصرعه كيلا تطأه الخيول لانه ما نال شيئا من الراحة من ع
ولو اواه فسطاط او خيمة كان مرتثا لما بينا ولو بقي حيا حتى مضى وقت الصلوة وهو يعقل
فهو مرتث لان تلك الصلوة تصير دينا في ذمته وهو من احكام الاحياء قال وهذا
مروي عن ابي يوسف ولو اوصى بشيء من امور الاخرة كان ارتثاثا عند ابي يوسف
لانه ارتفاق وعند محمد لا يكون لانه من احكام الاموات قال ومن وجد قتيلا في المصر
غسل لان الواجب فيه القسامة والدية فخف اثر الظلم الا اذا علم انه قتل بحديدة ظلما لان
الواجب فيه القصاص وهو عقوبة والقاتل لا يتخلص عنها ظاهرا اما في الدنيا او في العقبى
وعند ابي يوسف ومحمد ما لا يلبث بمنزلة السيف ويعرف في الجنايات ان شاء الله تعالى قال ومن
قتل في حد او قصاص غسل وصلي عليه لانه باذل نفسه لايفاء حق مستحق عليه وشهداء
احد بذلوا انفسهم لابتغاء مرضاة الله فلا يلحق بهم ومن قتل من البغاة او قطاع الطريق عليهم ع
لم يصل عليه لان عليا رضي الله تعالى عنه لم يصل على البغاة

باب الصلوة في الكعبة

الصلوة في الكعبة جائز فرضها ونفلها خلافا للشافعي فيهما ولمالك في الفرض لانه عليه السلام
صلى في جوف الكعبة يوم الفتح ولانها صلوة استجمعت شرائطها لوجود استقبال القبلة
لان استيعابها ليس بشرط فان صلى الامام بجماعة فيها فجعل بعضهم ظهره الى ظهر الامام
جاز لانه متوجه الى القبلة ولا يعتقد امامه على الخطأ بخلاف مسئلة التحري ومن جعل منهم
ظهره الى وجه الامام لم تجز صلوته لتقدمه على امامه واذا صلى الامام في المسجد الحرام
تحلق الناس حول الكعبة وصلوا بصلوة الامام فمن كان منهم اقرب الى الكعبة من الامام
جازت صلوته اذا لم يكن في جانب الامام لان التقدم والتأخر انما يظهر عند اتحاد
الجانب ومن صلى على ظهر الكعبة جازت صلوته خلافا للشافعي لان الكعبة هي العرصة
والهواء الى عنان السماء عندنا دون البناء لانه ينقل الا يرى انه لو صلى على ابي قبيس
جاز ولا بناء بين يديه الا انه يكره لما فيه من ترك التعظيم وقد ورد النهي عنه عن النبي
عليه الصلوة والسلام

كتاب الزكوة

الزكوة واجبة على الحر البالغ العاقل

المسلم

المسلم اذا ملك نصابا ملكا تاما وحال عليه الحول اما الوجوب فلقوله تعالى واتوا الزكوة
ولقوله عليه السلام ادوا زكوة اموالكم وعليه اجماع الامة والمراد بالوجوب الفرض لانه بالواجب ٢٤
لا شبهة فيه واشتراط الحرية لان كمال الملك بها والبلوغ والعقل لما نذكره والاسلام
لان الزكوة عبادة ولا تتحقق من الكافر ولا بد من ملك النصاب لانه عليه السلام قدر
السبب به ولا بد من الحول لانه لا بد من مدة يتحقق فيها النماء وقدرها الشرع بالحول
لقوله عليه السلام لا زكوة في مال حتى يحول عليه الحول ولانه المتمكن من الاستنماء لاشتماله
على الفصول المختلفة والغالب تفاوت الاسعار فيها فادير الحكم عليه ثم قيل هي واجبة
على الفور لانه مقتضى مطلق الامر وقيل على التراخي لان جميع العمر وقت الاداء ولهذا
لا يضمن بهلاك النصاب بعد التفريط قال وليس على الصبي والمجنون زكوة خلافا للشافعي
فانه يقول هي غرامة مالية فتعتبر بسائر المؤن كنفقة الزوجات وصار كالعشر والخراج
ولنا انها عبادة فلا تتادى الا بالاختيار تحقيقا لمعنى الابتلاء ولا اختيار لهما
لعدم العقل بخلاف الخراج لانه مؤنة الارض وكذا الغالب في العشر معنى المؤنة
ومعنى العبادة تابع ولو افاق في بعض السنة فهو بمنزلة الافاقة في بعض الشهر في الصوم بالافاقة ٢٤
وعن ابي يوسف انه يعتبر اكثر الحول ولا فرق بين الاصلي والعارضي وعن ابي حنيفة
انه اذا بلغ مجنونا يعتبر الحول من وقت الافاقة بمنزلة الصبي اذا بلغ قال وليس على المكاتب
زكوة لانه ليس بمالك من كل وجه لوجود المنافي وهو الرق ولهذا لم يكن من اهل ان
يعتق عبده قال ومن كان عليه دين يحيط بماله فلا زكوة عليه وقال الشافعي تجب لتحقق
السبب وهو ملك نصاب تام ولنا انه مشغول بحاجته الاصلية فاعتبر معدوما كالماء
المستحق بالعطش وثياب المهنة وان كان ماله اكثر من دينه زكى الفاضل اذا بلغ نصابا
لفراغه عن الحاجة والمراد دين له مطالب من جهة العباد حتى لا يمنع دين النذر و
الكفارة ودين الزكوة مانع حال بقاء النصاب لانه ينتقص به النصاب وكذا بعد
الاستهلاك خلافا لزفر فيهما ولابي يوسف في الثاني على ما روي عنه لان له مطالبا وهو
الامام في السوائم ونائبه في اموال التجارة فان الملاك نوابه قال وليس في دور السكنى
وثياب البدن واثاث المنازل ودواب الركوب وعبيد الخدمة وسلاح الاستعمال زكوة
لانها مشغولة بالحاجة الاصلية وليست بنامية ايضا وعلى هذا كتب العلم لاهلها والات له ٢
المحترفين لما قلنا قال ومن له على اخر دين فجحده سنين ثم قامت له بينة لم يزكه
لما مضى معناه صارت له بينة بان اقر عند الناس وهي مسئلة مال الضمار وفيه خلاف

دفن وكذا فقي ومن جملته المال المفقود والآبق والمغصوب اذا لم يكن عليه بينة والمال الساقط في البحر والمدفون في المفازة اذا نسي مكانه والذي اخذه السلطان مصادرة ووجوب صدقة الفطر بسبب العبد الآبق والضال والمغصوب على هذا الخلاف لهم ان السبب قد تحقق وفوات اليد غير مخل بالوجوب كمال ابن السبيل ولنا قول علي رضي الله عنه لا زكوة في المال الضمار ولان السبب هو المال النامي ولا نماء الا بالقدرة على التصرف ولا قدرة عليه وابن السبيل يقدر بنائبه والمدفون في البيت نصاب لتيسر الوصول اليه وفي المدفون في ارض او كرم اختلاف المشايخ ولو كان الدين على مقر ملي او معسر تجب الزكوة لامكان الوصول اليه ابتداء او بواسطة التحصيل وكذا لو كان على جاحد وعليه بينة او علم القاضي به لما قلنا ولو كان على مقر مفلس فهو نصاب عند ابي حنيفة لان تفليس القاضي لا يصح عنده وعند محمد لا تجب لتحقق الافلاس عنده بالتفليس وابو يوسف مع محمد في تحقق الافلاس ومع ابي حنيفة في حكم الزكوة رعاية لجانب الفقراء ومن اشترى جارية للتجارة ونواها للخدمة بطلت عنها الزكوة لاتصال النية بالعمل وهو ترك التجارة وان نواها للتجارة بعد ذلك لم تكن للتجارة حتى يبيعها فيكون في ثمنها زكوة لان النية لم تتصل بالعمل اذ هو لم يتجر فلم تعتبر ولهذا يصير المسافر مقيما بمجرد النية ولا يصير المقيم مسافرا الا بالسفر وان اشترى شيئا ونواه للتجارة كان للتجارة لاتصال النية بالعمل بخلاف ما اذا ورث ونوى التجارة لانه لا عمل منه ولو ملكه بالهبة او بالوصية او النكاح او الخلع او الصلح عن دم العمد ونواه للتجارة كان للتجارة عند ابي يوسف لاقترانها بالعمل وعند محمد لا يصير للتجارة لانها لم تقارن عمل التجارة وقيل الاختلاف على عكسه قال ولا يجوز اداء الزكوة الا بنية مقارنة للاداء او مقارنة لعزل مقدار الواجب لان الزكوة عبادة فكان من شرطها النية والاصل فيها الاقتران الا ان الدفع يتفرق فاكتفي بوجودها حالة العزل تيسيرا كتقديم النية في الصوم قال ومن تصدق بجميع ماله لا ينوي الزكوة سقط فرضها عنه استحسانا لان الواجب جزء منه فكان متعينا فيه فلا حاجة الى التعيين ولو ادى بعض النصاب سقط زكوة المؤدى عند محمد لان الواجب شائع في الكل وعند ابي يوسف لا تسقط لان البعض غير متعين لكون الباقي محلا للواجب بخلاف الاول

باب صدقة السوائم فصل في الابل

قال ليس في اقل من خمس ذود صدقة فاذا بلغت خمسا سائمة وحال عليها الحول ففيها شاة الى تسع فاذا بلغت عشرا ففيها

شاتان الى اربع عشرة فاذا كانت خمس عشرة ففيها ثلث شياه الى تسع عشرة فاذا كانت عشرين ففيها اربع شياه الى اربع وعشرين فاذا بلغت خمسا وعشرين ففيها بنت مخاض وهي التي طعنت في الثانية الى خمس وثلثين فاذا كانت ستا وثلثين ففيها بنت لبون وهي التي طعنت في الثالثة الى خمس واربعين فاذا كانت ستا واربعين ففيها حقة وهي التي طعنت في الرابعة الى ستين فاذا كانت احدى وستين ففيها جذعة وهي التي طعنت في الخامسة الى خمس وسبعين فاذا كانت ستا وسبعين ففيها بنتا لبون الى تسعين فاذا كانت احدى وتسعين ففيها حقتان الى مائة وعشرين بهذا اشتهرت كتب الصدقات من رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم اذا زادت على مائة وعشرين تستانف الفريضة فيكون في الخمس شاة مع الحقتين وفي العشر شاتان وفي خمس عشرة ثلث شياه وفي عشرين اربع شياه وفي خمس وعشرين بنت مخاض الى مائة وخمسين فيكون فيها ثلث حقاق ثم تستانف الفريضة فيكون في الخمس شاة وفي العشر شاتان وفي خمس عشرة ثلث شياه وفي العشرين اربع شياه وفي خمس وعشرين بنت مخاض وفي ست وثلثين بنت لبون فاذا بلغت مائة وستا وتسعين ففيها اربع حقاق الى مائتين ثم تستانف الفريضة ابدا كما تستانف في الخمسين التي بعد المائة والخمسين وهذا عندنا وقال الشافعي اذا زادت على مائة وعشرين واحدة ففيها ثلث بنات لبون فاذا صارت مائة وثلثين ففيها حقة وبنتا لبون ثم يدار الحساب على الاربعينات والخمسينات فتجب في كل اربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة لما روي انه عليه السلام كتب اذا زادت الابل على مائة وعشرين ففي كل خمسين حقة وفي كل اربعين بنت لبون من غير شرط عود ما دونها ولنا انه عليه السلام كتب في آخر ذلك في كتاب عمرو بن حزم فما كان اقل من ذلك ففي كل خمس ذود شاة فنعمل بالزيادة والبخت والعراب سواء لان مطلق الاسم يتناولهما

فصل في البقر

ليس في اقل من ثلثين من البقر صدقة فاذا كانت ثلثين سائمة وحال عليها الحول ففيها تبيع او تبيعة وهي التي طعنت في الثانية وفي اربعين مسن او مسنة وهي التي طعنت في الثالثة بهذا امر رسول الله صلى الله عليه وسلم معاذا فاذا زادت على الاربعين وجب في الزيادة بقدر ذلك الى ستين عند ابي حنيفة ففي الواحدة الزائدة ربع عشر مسنة وفي الاثنين نصف عشر مسنة وهذا رواية الاصل لان العفو ثبت نصا بخلاف القياس ولا نص هنا وروى الحسن عنه انه لا يجب في الزيادة حتى تبلغ خمسين ثم فيها مسنة وربع مسنة او ثلث تبيع لان مبنى هذا النصاب على ان يكون بين كل عقدين وقص وفي كل عقد واجب وقال ابو يوسف ومحمد

لا شيء في الزيادة حتى تبلغ ستين وهو رواية عن أبي حنيفة لقوله عليه الصلاة والسلام لمعاذ رضي
لا تأخذ من أوقاص البقر شيئا وفسروه بما بين أربعين إلى ستين قلنا قد قيل إن المراد منها
الصغار ثم في الستين تبيعان أو تبيعتان وفي سبعين مسنة وتبيع وفي ثمانين مسنتان
وفي تسعين ثلاثة أتبعة وفي المائة تبيعان ومسنة وعلى هذا يتغير الفرض في كل عشر
من تبيع إلى مسنة ومن مسنة إلى تبيع لقوله عليه السلام في كل ثلثين من البقر تبيع أو تبيعة
وفي كل أربعين مسنة والجواميس والبقر سواء لأن اسم البقر يتناولها إذ هو نوع منه
إلا أن أوهام الناس لا تسبق إليه في ديارنا لقلته فلذلك لا يحنث به في يمينه لا يأكل
لحم بقر **فصل في الغنم** ليس في أقل من أربعين من الغنم السائمة صدقة فإذا كانت
أربعين سائمة وحال عليها الحول ففيها شاة إلى مائة وعشرين فإذا زادت واحدة ففيها
شاتان إلى مائتين فإذا زادت واحدة ففيها ثلاث شياه فإذا بلغت أربعمائة ففيها أربع
شياه ثم في كل مائة شاة شاة هكذا ورد البيان في كتاب رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم
وفي كتاب أبي بكر الصديق رضي الله عنه وعليه انعقد الإجماع والضأن والمعز سواء
لأن لفظة الغنم شاملة للكل والنص ورد به ويؤخذ الثني في زكاتها ولا يؤخذ الجذع من الضأن
والثني منها ما تمت له سنة والجذع ما أتى عليه أكثرها وعن أبي حنيفة وهو قولهما أنه يؤخذ
الجذع لقوله عليه السلام إنما حقنا الجذعة والثنية ولأنه يتأدى به الأضحية فكذا الزكاة وجه
الظاهر حديث علي رضي الله عنه موقوفا عليه ومرفوعا لا يؤخذ في الزكاة إلا الثني فصاعدا
ولأن الواجب هو الوسط وهذا من الصغار ولهذا لا يجوز فيها الجذع من المعز وجواز
التضحية به عرف نصا والمراد بما روي الجذعة من الإبل ويؤخذ في زكاة الغنم الذكور
والإناث لأن اسم الشاة ينتظمهما وقد قال عليه السلام في أربعين شاة شاة **فصل في
الخيل** إذا كانت الخيل سائمة ذكورا وإناثا فصاحبها بالخيار إن شاء أعطى من
كل فرس دينارا وإن شاء قومها وأعطى من كل مائتي درهم خمسة دراهم وهذا عند
أبي حنيفة وهو قول زفر وقالا لا زكاة في الخيل لقوله عليه السلام ليس على المسلم في عبده
ولا في فرسه صدقة وله قوله عليه السلام في كل فرس سائمة دينار أو عشرة دراهم وتأويل
ما رواه فرس الغازي وهو المنقول عن زيد بن ثابت رض والتخيير بين الدينار والتقويم
مأثور عن عمر رض وليس في ذكورها منفردة زكاة لأنها لا تتناسل وكذا في الإناث
المنفردات في رواية وعنه الوجوب فيها لأنها تتناسل بالفحل المستعار بخلاف الذكور
وعنه أنها تجب في الذكور المنفردة أيضا ولا شيء في الحمير والبغال لقوله عليه السلام

لم

لم ينزل علي فيهما شيء والمقادير تثبت سماعا إلا أن تكون للتجارة **فصل** وليس
في الفصلان والحملان والعجاجيل صدقة عند أبي حنيفة وهذا آخر أقواله وهو قول
محمد وكان يقول أولا يجب فيها ما يجب في المسان وهو قول زفر ومالك ثم رجع وقال
فيها واحدة منها وهو قول أبي يوسف والشافعي وجه قوله الأول أن الاسم المذكور في الخطاب
ينتظم الصغار والكبار ووجه الثاني تحقيق النظر من الجانبين كما يجب في المهازيل واحدة
منها ووجه الأخير أن المقادير لا يدخلها القياس فإذا امتنع إيجاب ما ورد به الشرع امتنع
أصلا وإذا كان فيها واحد من المسان جعل الكل تبعا له في انعقادها نصابا دون
تأدية الزكاة حتى لو هلك المسان بعد حولان الحول سقط الزكاة عند أبي حنيفة ومحمد
لأن الوجوب يتعلق بالمسان وقد فات عند أبي يوسف لا يجب فيما دون الأربعين من الحملان
وفيما دون الثلثين من العجاجيل ويجب في خمس وعشرين من الفصلان واحد ثم لا يجب شيء
حتى يبلغ مبلغا لو كانت مسان يثنى الواجب ثم لا يجب حتى يبلغ مبلغا لو كانت مسان يثلث
الواجب ولا يجب فيما دون خمس وعشرين في رواية وعنه أنه يجب في الخمس خمس فصيل وفي
هذا الاعتبار وعنه أنه ينظر إلى قيمة خمس فصيل في الخمس وإلى قيمة شاة وسط فيجب
أقلهما وفي العشر إلى قيمة شاتين وإلى قيمة خمسي فصيل على هذا الاعتبار قال ومن وجب عليه
سن فلم يوجد أخذ المصدق أعلى منها ورد الفضل أو أخذ دونها وأخذ الفضل وهذا
يبتني على أن أخذ القيمة في باب الزكاة جائز عندنا على ما نذكره إن شاء الله تعالى إلا أن في الوجه
الأول له أن لا يأخذ ويطالب بعين الواجب أو بقيمته لأنه شراء وفي الوجه الثاني يجبر لأنه
لا بيع فيه بل هو إعطاء بالقيمة ويجوز دفع القيم في الزكاة عندنا وكذا في الكفارات وصدقة
الفطر والعشر والنذر وقال الشافعي لا يجوز اتباعا للمنصوص كما في الهدايا والضحايا
ولنا أن الأمر بالأداء إلى الفقير إيصالا للرزق الموعود إليه فيكون إبطالا لقيد الشاة
وصار كالجزية بخلاف الهدايا لأن القربة فيها إراقة الدم وهو لا يعقل ووجه القربة
في المتنازع فيه سد خلة المحتاج وهو معقول وليس في العوامل والحوامل والعلوفة صدقة خلافا
لمالك له ظواهر النصوص ولنا قوله عليه السلام ليس في العوامل والحوامل ولا في البقر المثيرة
صدقة ولأن السبب هو المال النامي ودليله الإسامة أو الإعداد للتجارة ولم يوجد
ولأن في العلوفة تتراكم المؤنة فينعدم النماء معنى ثم السائمة هي التي تكتفي بالرعي
في أكثر الحول حتى لو علفها نصف الحول أو أكثر كانت علوفة لأن القليل تابع للأكثر
ولا يأخذ المصدق خيار المال ولا رذالته ويأخذ الوسط لقوله عليه السلام لا تأخذوا من

لأن الزكوة تتعلق بالمالية كما في أموال التجارة م
واحدة ح
وجه قول الأول
ثم
العشر خمسا فصيل ع
والحوامل م
ولا في م

من حربيات اموال الناس اى كرائمها وخذوا من حواشى اموالهم اى اوساطها ولان فيه نظرا من الجانبين
ومن كان له نصاب فاستفاد فى اثناء الحول من جنسه ضمه اليه وزكاه به وقال الشافعى
لا يضم لانه اصل فى حق الملك فكذا فى وظيفته بخلاف الاولاد والارباح لانها تابعة
للملك حتى ملكت بملك الاصل ولنا ان المجانسة هى العلة فى الاولاد والارباح لان
عندها يتعسر التمييز فيعسر اعتبار الحول لكل مستفاد وما شرط الحول الا للتيسير
والزكوة عند ابى حنيفة وابى يوسف فى النصاب دون العفو وقال محمد وزفر فيهما حتى لو
هلك العفو وبقى النصاب بقى كل الواجب عند ابى حنيفة وابى يوسف وعند محمد وزفر
سقط بقدره لمحمد وزفر ان الزكوة وجبت شكرا لنعمة المال والكل نعمة ولهما قوله عليه السلام
فى خمس من الابل السائمة شاة وليس فى الزيادة شىء حتى يبلغ عشرا وهكذا قال فى كل نصاب
نفى الوجوب عن العفو ولان العفو تبع للنصاب فيصرف الهلاك اولا الى التبع كالربح
فى مال المضاربة ولهذا قال ابو حنيفة يصرف الهلاك بعد العفو الى النصاب الاخير ثم
الى الذى يليه الى ان ينتهى لان الاصل هو النصاب الاول وما زاد عليه تبع وعند ابى
يوسف يصرف الى العفو ثم الى النصاب شايعا واذا اخذ الخوارج الخراج وصدقة السوائم
لا يثنى عليهم لان الامام لم يحمهم والجباية بالحماية وافتوا بان يعيدوها دون الخراج
لانهم مصارف الخراج لكونهم مقاتلة والزكوة مصرفها الفقراء ولا يصرفونها اليهم
وقيل اذا نوى بالدفع التصدق عليهم سقط عنه وكذا الدفع الى كل جائر لانهم بما عليهم
من التبعات فقراء والاول احوط وليس على الصبى من بنى تغلب شىء فى سائمته
وعلى المرأة ما على الرجل منهم لان الصلح قد جرى على ضعف ما يؤخذ من المسلمين ولا يؤخذ
من نساء المسلمين دون صبيانهم وان هلك المال بعد وجوب الزكوة سقطت الزكوة
وقال الشافعى يضمن اذا هلك بعد التمكن من الاداء لان الواجب فى الذمة فصار كصدقة
الفطر ولانه منعه بعد الطلب فصار كالاستهلاك ولنا ان الواجب جزء من النصاب
تحقيقا للتيسير فيسقط بهلاك محله كدفع العبد بالجناية يسقط بهلاكه والمستحق فقير
يعينه المالك ولم يتحقق منه الطلب وبعد طلب الساعى قيل يضمن وقيل لا يضمن لانعدام
التفويت وفى الاستهلاك وجد التعدى وفى هلاك البعض سقط بقدره اعتبارا
له بالكل وان قدم الزكوة على الحول وهو مالك للنصاب جاز لانه ادى بعد سبب
الوجوب فيجوز كما اذا كفر بعد الجرح وفيه خلاف مالك ويجوز التعجيل لاكثر من سنة
لوجود السبب ويجوز لنصب اذا كان فى ملكه نصاب واحد خلافا لزفر لان النصاب

الاول هو الاصل فى السببية والزائد عليه تابع **باب زكوة المال** **فصل فى الفضة**
ليس فيما دون مائتى درهم وحال عليها الحول ففيها خمسة دراهم لان النبى عليه الصلوة والسلام
كتب الى معاذ رضى الله عنه ان خذ من كل مائتى درهم خمسة دراهم ومن كل عشرين مثقالا
من ذهب نصف مثقال ولا شىء فى الزيادة حتى تبلغ اربعين فيكون فيها درهم ثم فى كل
اربعين درهما درهم وهذا عند ابى حنيفة وقالا ما زاد على المائتين فزكوته
بحسابها وهو قول الشافعى لقوله عليه السلام فى حديث على رضى الله عنه وما زاد على المائتين فبحسابه
ولان الزكوة وجبت شكرا لنعمة المال واشتراط النصاب فى الابتداء ليتحقق الغنا وبعد
النصاب فى السوائم تحرزا عن التشقيص ولابى حنيفة قوله عليه السلام فى حديث معاذ رضى الله عنه لا
تاخذ من الكسور شيئا وقوله فى حديث عمرو بن حزم ليس فيما دون الاربعين صدقة ولان
الحرج مدفوع وفى ايجاب الكسور ذلك لتعذر الوقوف والمعتبر فى الدراهم وزن سبعة
وهو ان يكون العشرة منها وزن سبعة مثاقيل بذلك جرى التقدير فى ديوان عمر رضى الله عنه
واستقر الامر عليه واذا كان الغالب على الورق الفضة فهو فى حكم الفضة واذا كان الغالب
الغش فهو فى حكم العروض يعتبر ان تبلغ قيمته نصابا لان الدراهم لا تخلو عن قليل غش
لانها لا تنطبع الا به وتخلو عن الكثير فجعلنا الغلبة فاصلة وهو ان تزيد على النصف
اعتبارا للحقيقة وسنذكره فى الصرف ان شاء الله تعالى الا ان فى غالب الغش لابد من نية التجارة
كما فى سائر العروض الا اذا كان تخلص منها فضة تبلغ نصابا لانه لا يعتبر فى عين الفضة
القيمة ولا نية التجارة **فصل فى الذهب** ليس فيما دون عشرين مثقالا من الذهب صدقة فاذا
كانت عشرين مثقالا ففيها نصف مثقال لما روينا والمثقال ما يكون كل سبعة منها وزن عشرة
دراهم وهو المعروف ثم فى كل اربعة مثاقيل قيراطان لان الواجب ربع العشر وذلك
فيما قلنا اذ كل مثقال عشرون قيراطا وليس فيما دون اربعة مثاقيل صدقة عند ابى حنيفة
وعندهما تجب بحساب ذلك وهى مسئلة الكسور وكل دينار عشرة دراهم فى الشرع فيكون
اربعة مثاقيل فى هذا كاربعين درهما وفى تبر الذهب والفضة وحليهما والآنية منهما الزكوة
وقال الشافعى لا تجب فى حلى النساء وخاتم الفضة للرجال لانه مبتذل فى مباح فشابه ثياب
البذلة والمهنة ولنا ان السبب مال نام ودليل النماء موجود وهو الاعداد للتجارة خلقة
والدليل هو المعتبر بخلاف الثياب **فصل فى العروض** الزكوة واجبة فى عروض التجارة
كائنة ما كانت اذا بلغت قيمتها نصابا من الورق والذهب لقوله عليه الصلوة والسلام
فيها يقومها فيؤدى من كل مائتى درهم خمسة دراهم ولانها معدة للاستنماء باعداد

صدقة لقوله عليه السلام ليس فيما دون خمس اواق صدقة والاوقية اربعون درهما فاذا كانت مائتى درهم

العين فاشبه المعد للتجارة باعداد الشرع وتشترط نية التجارة لتثبت الاعداد ثم قال يقومها بما
هو انفع للفقراء والمساكين احتياطا لحق الفقراء قال رضي الله عنه وهذا رواية عن ابي حنيفة وفي
الاصل خيره لان الثمنين في تقدير قيم الاشياء بهما سواء وتفسير الانفع ان يقومها بما
يبلغ نصابا وعن ابي يوسف انه يقومها بما اشترى ان كان الثمن من النقود لانه ابلغ في معرفة
المالية وان اشتراها بغير النقود يقومها بالنقد الغالب وعن محمد انه يقومها بالنقد الغالب
على كل حال كما في المغصوب والمستهلك واذا كان النصاب كاملا في طرفي الحول فنقصانه
فيما بين ذلك لا يسقط الزكوة لانه يشق اعتبار الكمال في اثنائه اما لا بد منه في ابتدائه للانعقاد
وتحقق الغنا وفي انتهائه للوجوب ولا كذلك فيما بين ذلك لانه حالة البقاء وتضم قيمة
العروض الى الذهب والفضة لان الوجوب في الكل باعتبار التجارة وان افترقت جهة
الاعداد وتضم الذهب الى الفضة للمجانسة من حيث الثمنية ومن هذا الوجه صار سببا
ثم يضم بالقيمة عند ابي حنيفة وعندهما بالاجزاء وهو رواية عنه حتى ان من كان له مائة
درهم وخمسة مثاقيل ذهب تبلغ قيمتها مائة درهم فعليه الزكوة عنده خلافا لهما هما
يقولان ان المعتبر فيهما القدر دون القيمة حتى لا تجب الزكوة في مصوغ وزنه اقل من
مائتين وقيمته فوقها هو يقول ان الضم للمجانسة وهي تتحقق باعتبار القيمة دون الصورة
فيضم بها **باب فيمن يمر على العاشر** واذا مر على العاشر بمال فقال اصبته منذ اشهر
او علي دين وحلف صدق والعاشر من نصبه الامام على الطريق ليأخذ الصدقات
من التجار فمن انكر منهم تمام الحول او الفراغ من الدين كان منكرا للوجوب والقول
قول المنكر مع اليمين وكذا اذا قال اديت الى عاشر آخر ومراده اذا كان في تلك السنة عاشر
آخر لانه ادعى وضع الامانة في موضعها بخلاف ما اذا لم يكن عاشر آخر في تلك السنة لانه
ظهر كذبه بيقين وكذا اذا قال اديتها انا يعني الى الفقراء في المصر لان الاداء كان
مفوضا اليه فيه وولاية الاخذ بالمرور لدخوله تحت الحماية وكذا الجواب في صدقات السوائم
في ثلثة فصول وفي الفصل الرابع وهو ما اذا قال اديت بنفسي الى الفقراء في المصر
لا يصدق وان حلف لان الاداء ما كان مفوضا اليه فلا يصدق وان حلف وقال الشافعي
يصدق لانه اوصل الحق الى المستحق ولنا ان حق الاخذ للسلطان فلا يملك ابطاله بخلاف
الاموال الباطنة ثم قيل الزكوة هو الاول والثاني سياسة وقيل هو الثاني والاول
ينقلب نفلا وهو الصحيح ثم فيما يصدق في السوائم واموال التجارة لم يشترط اخراج
البراءة في الجامع الصغير وشرط في الاصل وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة لانه ادعى

متى وقعت الحاجة الى المغصوب والمستهلك تقوم بالنقد الغالب في البلد

اي درهم

هي

ولصدق دعواه علامة فيجب ابرازها وجه الاول ان الخط يشبه الخط فلم يعتبر علامة قال
وما صدق فيه المسلم صدق فيه الذمي لان ما يؤخذ منهم ضعف ما يؤخذ من المسلم فيراعى تلك
الشرائط تحقيقا للتضعيف ولا يصدق الحربي الا في الجواري يقول هن امهات
اولادي لان الاخذ منه بطريق الحماية وما في يده من المال يحتاج فيه الى الحماية غير ان
اقراره بنسب من في يده منه صحيح فكذا بامومية الولد لانه يبتنى عليه فانعدمت صفة المالية
فيهن والاخذ لا يجب الا من المال ويؤخذ من المسلم ربع العشر ومن الذمي نصف العشر
ومن الحربي العشر هكذا امر عمر رضي الله عنه سعاته وان مر حربي بخمسين درهما لم يؤخذ
منه شيء الا ان يكونوا يأخذون منا من مثلها لان الاخذ منهم بطريق المجازاة بخلاف
المسلم والذمي لان المأخوذ زكوة او ضعفها فلا بد من النصاب وهذا في الجامع الصغير
وفي كتاب الزكوة لا نأخذ من القليل وان كانوا يأخذون منه لان القليل لم يزل
عفوا ولانه لا يحتاج الى الحماية وان مر حربي بمائتي درهم ولا يعلم كم يأخذون منا
نأخذ منه العشر لقول عمر رضي الله تعالى عنه فان اعياكم فالعشر وان علم انهم يأخذون
منا ربع العشر او نصف العشر نأخذ بقدره وان كانوا يأخذون الكل لا نأخذ الكل لانه غدر
وان كانوا لا يأخذون اصلا لا نأخذ منهم ليتركوا الاخذ من تجارنا ولانا احق بمكارم
الاخلاق وان مر الحربي على عاشر فعشره ثم مر مرة اخرى لم يعشره حتى يحول الحول
لان الاخذ في كل مرة استيصال المال وحق الاخذ لحفظه ولان حكم الامان الاول باق
وبعد الحول يتجدد الامان لانه لا يمكن من المقام الا حولا والاخذ بعده لا يستاصل
المال فان عشره فرجع الى دار الحرب ثم خرج من يومه ذلك عشره ايضا لانه رجع بامان
جديد وكذا الاخذ بعده لا يفضي الى الاستيصال وان مر ذمي بخمر او خنزير عشر الخمر
دون الخنزير وقوله عشر الخمر اي من قيمتها وقال الشافعي لا يعشرهما لانه لا قيمة لهما وقال
زفر يعشرهما لاستوائهما في المالية عندهم وقال ابو يوسف يعشرهما اذا مر بهما جملة كانه
جعل الخنزير تبعا للخمر فان مر بكل واحد منهما على الانفراد عشر الخمر دون الخنزير ووجه
الفرق على الظاهر ان القيمة في ذوات القيم لها حكم العين والخنزير منها وفي ذوات
الامثال ليس لها هذا الحكم والخمر منها ولان حق الاخذ للحماية والمسلم يحمي خمر نفسه للتخليل
فكذا يحميها على غيره ولا يحمي خنزير نفسه بل يجب تسييبه بالاسلام فكذا لا يحميه على غيره
ولو مر صبي او امرأة من بني تغلب بمال فليس على الصبي شيء وعلى المرأة ما على الرجل لما ذكرنا
في السوائم ومن مر على العاشر بمائة درهم واخبر ان له في منزله مائة درهم اخرى قد حال

منه ظ

غير نسخه

وان ح

لقلته
المائة
غير ماذون له

عليه الحول لمن زكاها التي تربح لغلتها وما في بيته لم يدخل تحت حمايته فلو مر بما في
ذ درهم بضاعة لم يعشرها لانه ليس بماذون له باداء زكوتها قال وكذا المضاربة
يعني اذا مر المضارب به على العاشر وكان ابو حنيفة يقول اولا يعشرها لقوة حق
المضارب حتى لا يملك رب المال نهيه عن التصرف فيه بعد ما صار عروضا فنزل منزلة
المالك ثم رجع الى ما ذكر في الكتاب وهو قولهما لانه ليس بمالك ولا نائب عنه في
اداء الزكوة الا ان يكون في المال ربح يبلغ نصيبه نصابا فيؤخذ منه لانه مالك له
ولو مر عبد ماذون له بمائتي درهم وليس عليه دين عشره وقال ابو يوسف لا ادري ان
ابا حنيفة رجع عن هذا ام لا وقياس قوله الثاني في المضاربة وهو قولهما انه لا يعشره
لان الملك فيما في يد العبد للمولى وله التصرف فصار كالمضارب وقيل في الفرق بينهما ان العبد
يتصرف لنفسه حتى لا يرجع بالعهدة على المولى فكان هو المحتاج الى الحماية والمضارب
يتصرف بحكم النيابة حتى يرجع بالعهدة على رب المال فكان رب المال هو المحتاج فلا يكون
الرجوع في المضارب رجوعا منه في العبد وان كان مولاه معه يؤخذ منه لان الملك له
الا اذا كان على العبد دين محيط بماله لانعدام الملك او للشغل قال ومن مر على عاشر
الخوارج في ارض قد غلبوا عليها فعشره يثني عليه الصدقة معناه اذا مر على عاشر اهل
العدل لان التقصير من قبله حيث مر عليه **باب في المعادن والركاز** قال معدن
ذهب وفضة او حديد او رصاص او صفر وجد في ارض خراج او عشر ففيه الخمس عندنا
وقال الشافعي لا شيء عليه لانه مباح سبقت يده اليه كالصيد الا اذا كان المستخرج ذهبا او
فضة فيجب فيه الزكوة ولا يشترط الحول في قول لانه نماء كله والحول للتنمية ولنا قوله عليه السلام
وفي الركاز الخمس وهو من الركز فانطلق على المعدن ولانها كانت في ايدي الكفرة وحوتها
ايدينا غلبة فكانت غنيمة وفي الغنائم الخمس بخلاف الصيد لانه لم يكن في يد احد الا
ان للغانمين يدا حكمية لثبوتها على الظاهر واما الحقيقية فللواجد فاعتبرنا الحكمية في
حق الخمس والحقيقية في حق الاربعة الاخماس حتى كانت للواجد ولو وجد في داره معدنا
فليس فيه شيء عند ابي حنيفة وقالا فيه الخمس لاطلاق ما روينا وله انه من اجزاء
الارض مركب فيها ولا مؤنة في سائر الاجزاء فكذا في هذا الجزء لان الجزء لا يخالف
الجملة بخلاف الكنز لانه غير مركب فيه وان وجده في ارضه ففيه روايتان ووجه الفرق
على احديهما وهو رواية الجامع الصغير ان الدار ملكت خالية عن المؤن دون الارض
ولهذا وجب العشر والخراج في الارض دون الدار فكذا هذه المؤنة فان وجد ركازا

حوته
الحكمية
لم يكن
فعن ابي حنيفة فيه

و فيه

اي كنزا وجب الخمس عندهم لما روينا واسم الركاز ينطلق على الكنز لمعنى الركز فيه وهو
الاثبات ثم ان كان على ضرب اهل الاسلام كالمكتوب عليه كلمة الشهادة فهو بمنزلة
اللقطة وقد عرف حكمها في موضعها وان كان على ضرب اهل الجاهلية كالمنقوش عليه
الصنم ففيه الخمس على كل حال لما بينا ثم ان وجده في ارض مباحة فاربعة اخماسه للواجد
لانه تم الاحراز منه اذ لا علم به للغانمين فيختص هو به وان وجده في ارض مملوكة
فكذا الحكم عند ابي يوسف لان الاستحقاق بتمام الحيازة وهي منه وعند ابي حنيفة ومحمد هو للمختط
له وهو الذي ملكه الامام هذه البقعة اول الفتح لانه سبقت يده اليه وهي يد الخصوص
فيملك به ما في الباطن وان كانت على الظاهر كمن اصطاد سمكة في بطنها درة ملكها
ثم بالبيع لم يخرج عن ملكه لانه مودع فيها بخلاف المعدن لانه من اجزائها
فينتقل الى المشتري وان لم يعرف المختط له يصرف الى اقصى مالك يعرف في الاسلام
على ما قالوا ولو اشتبه الضرب يجعل جاهليا في ظاهر المذهب لانه الاصل وقيل اسلاميا
في زماننا لتقادم العهد ومن دخل دار الحرب بامان فوجد في دار بعضهم ركازا رده
عليهم تحرزا عن الغدر لان ما في الدار في يد صاحبها خصوصا وان وجده في الصحراء فهو له
لانه ليس في يد احد على الخصوص فلا يعد غدرا ولا شيء فيه لانه بمنزلة المتلصص غير مجاهر
وليس في الفيروزج الذي يوجد في الجبال خمس لقوله عليه السلام لا خمس في الحجر وفي الزيبق
الخمس في قول ابي حنيفة آخرا وهو قول محمد خلافا لابي يوسف ولا خمس في اللؤلؤ والعنبر عند ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف فيهما وفي كل حلية تخرج من البحر خمس لان عمر رضي الله عنه اخذ الخمس من
العنبر ولهما ان قعر البحر لم يرد عليه القهر فلا يكون الماخوذ منه غنيمة وان كان ذهبا
او فضة والمروي عن عمر رضي الله تعالى عنه فيما دسره البحر وبه نقول متاع وجد ركازا
فهو للذي وجده وفيه الخمس معناه اذا وجد في ارض لا مالك لها لانه غنيمة بمنزلة الذهب
والفضة **باب زكوة الزروع والثمار** قال ابو حنيفة في قليل
ما اخرجته الارض وكثيره العشر سواء سقي سيحا او سقته السماء الا الحطب والقصب
والحشيش وقالا لا يجب العشر الا فيما له ثمرة باقية اذا بلغ خمسة اوسق والوسق ستون
صاعا بصاع رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم وليس في الخضراوات عندهما عشر فالخلاف
في موضعين في اشتراط النصاب وفي اشتراط البقاء لهما في الاول قوله عليه السلام
ليس فيما دون خمسة اوسق صدقة ولانه صدقة فيشترط فيه النصاب ليتحقق الغنى
و

عليه

ولابي حنيفة قوله عليه السلام ما اخرجته الارض ففيه العشر من غير فصل وتاويل ما روياه
زكوة التجارة لانهم كانوا يتبايعون بالاوساق وقيمة الوسق اربعون درهما ولا
معتبر بالمالك فيه فكيف بصفته وهو الغنا ولهذا لا يشترط الحول لانه للاستنماء
وهو كله نماء ولهما في الثاني قوله عليه السلام ليس في الخضراوات صدقة والزكوة
غير منفية فتعين العشر وله ما روينا ومرويهما محمول على صدقة ياخذها العاشر
وبه اخذ ابو حنيفة ولان الارض قد تستنمى بما لا يبقى والسبب هي الارض النامية و
لهذا يجب فيها الخراج اما الحطب والقصب والحشيش لا يستنبت في الجنان عادة بل
ينفى عنها حتى لو اتخذها مقصبة او مشجرة او منبتا للحشيش يجب فيها العشر والمراد
بالمذكور القصب الفارسي اما قصب السكر وقصب الذريرة ففيهما العشر لانه
يقصد بهما استغلال الارض بخلاف السعف والتبن لان المقصود الحب والتمر
دونهما قال وما سقي بغرب او دالية او سانية ففيه نصف العشر على القولين لان المؤنة
تكثر فيه وتقل فيما يسقى بماء السماء او سيحا وبدالية فالمعتبر اكثر السنة كما هو
في السائمة قال ابو يوسف فيما لا يوسق كالزعفران والقطن يجب فيه العشر اذا بلغت
قيمته خمسة اوسق من ادنى ما يوسق كالذرة في زماننا لانه لا يمكن التقدير الشرعي
فيه فاعتبرت قيمته كما في عروض التجارة وقال محمد يجب العشر اذا بلغ الخارج خمسة
اعداد من اعلى ما يقدر به نوعه فاعتبر في القطن خمسة احمال كل حمل ثلثمائة من وفي
الزعفران خمسة امناء لان التقدير بالوسق كان باعتبار انه اعلى ما يقدر به وفي
العسل العشر اذا اخذ من ارض العشر وقال الشافعي لا يجب لانه متولد من الحيوان
فاشبه الابريسم ولنا قوله عليه السلام في العسل العشر ولان النحل يتناول من الانوار
والثمار وفيهما العشر فكذا فيما يتولد منهما بخلاف دود القز لانه يتناول الاوراق
ولا عشر فيها ثم عند ابي حنيفة يجب فيه العشر قل او كثر لانه لا يعتبر النصاب وعن
ابي يوسف انه يعتبر فيه قيمة خمسة اوسق كما هو اصله وعنه انه لا شيء فيه حتى يبلغ عشر
قرب لحديث بني شبابة انهم كانوا يؤدون الى رسول الله صلى الله عليه وسلم كذلك
وعنه خمسة امناء وعن محمد خمسة افراق كل فرق ستة وثلثون رطلا لانه اقصى
ما يقدر به وكذا في قصب السكر وما يوجد في الجبال من العسل والثمار ففيه العشر وعن
ابي يوسف انه لا يجب لانعدام السبب وهي الارض النامية وجه الظاهر ان المقصود

بالاجماع — فيه م — وان سقي سيحا م — قيمته م — نوعه م — فيه القيمة كما — كذلك

حاصل

حاصل وهو الخارج وكل شيء اخرجته الارض مما فيه العشر لا يحتسب فيه اجر العمال ونفقة البقر
لان النبي عليه السلام حكم بتفاوت الواجب لتفاوت المؤنة فلا معنى لرفعها قال تغلبي
له ارض عشر فعليه العشر مضاعفا عرف ذلك باجماع الصحابة وعن محمد ان فيما اشتراه
التغلبي من المسلم عشرا واحدا لان الوظيفة عنده لا تتغير بتغير المالك فان اشتراها
منه ذمي فهي على حالها لجواز التضعيف عليه في الجملة كما اذا مر على العاشر وكذا ان اشتراها
منه مسلم او اسلم التغلبي عند ابي حنيفة سواء كان التضعيف اصليا او حادثا لان التضعيف
صار وظيفة لها فتنتقل الى المسلم بما فيها كالخراج وقال ابو يوسف يعود الى عشر واحد لزوال
الداعي الى التضعيف قال في الكتاب وهو قول محمد فيما صح عنه قال اختلفت النسخ في
بيان قوله والاصح انه مع ابي حنيفة في بقاء التضعيف الا ان قوله لا يتاتى الا في الاصلي
لان التضعيف الحادث لا يتحقق عنده لعدم تغير الوظيفة ولو كانت الارض لمسلم باعها
من نصراني يريد به ذميا غير تغلبي وقبضها فعليه الخراج عند ابي حنيفة لانه اليق بحال
الكافر وعند ابي يوسف العشر مضاعفا ويصرف مصارف الخراج اعتبارا بالتغلبي و
هذا اهون من التبديل وعند محمد هي عشرية على حالها لانه صار مؤنة لها فلا تتبدل
كالخراج ثم في رواية عن محمد يصرف مصارف الصدقات وفي رواية مصارف الخراج
فان اخذها منه مسلم بالشفعة او ردت على البائع لفساد البيع فهي عشرية كما كانت
اما الاول فلتحول الصفقة الى الشفيع كانه اشتراها من المسلم واما الثاني فلانه بالرد
والفسخ بحكم الفساد جعل البيع كان لم يكن ولان حق المسلم لا ينقطع بهذا الشراء
لكونه مستحق الرد واذا كانت لمسلم دار خطة فجعلها بستانا فعليه العشر معناه اذا سقاه
بماء العشر واما اذا كانت تسقى بماء الخراج ففيها الخراج لان المؤنة في مثل هذا
تدور مع الماء وليس على المجوسي في داره شيء لان عمر رضي الله عنه جعل المساكن عفوا
وان جعلها بستانا فعليه الخراج وان سقاه بماء العشر لتعذر ايجاب العشر اذ فيه
معنى القربة فتعين الخراج وهو عقوبة تليق بحاله وعلى قياس قولهما يجب العشر في الماء
العشري الا ان عند محمد عشر واحد وعند ابي يوسف عشران وقد مر الوجه ثم الماء
العشري ماء السماء والآبار والعيون والبحار التي لا تدخل تحت ولاية احد و
الماء الخراجي ماء الانهار التي شقها الاعاجم وماء جيحون وسيحون ودجلة والفرات
عشري عند محمد لانه لا يحميها احد كالبحار وخراجي عند ابي يوسف لانه يتخذ عليها
القناطر من السفن وهذا تصرف فيها وفي ارض المراة والصبي التغلبيين ما في ارض

عليه ح — عندهم م — اختلف ح — نسخ المبسوط — لهما — يجب ح — لانه ح

القناطر

الارض يعني العشر المضاعف في العشرية والخراج الواحد في الخراجية لان الصلح قد جرى
على تضعيف الصدقة دون المؤنة المحضة ثم على الصبي والمراة اذا كانا من التغلبيين العشر
فيضعف ذلك اذا كانا منهم قال وليس في عين القير والنفط في ارض العشر شيء
لانه ليس من انزال الارض وانما هو عين فوارة كعين الماء وعليه في ارض الخراج
خراج وهذا اذا كان حريمها صالحا للزراعة لان الخراج يتعلق بالتمكن من الزراعة

باب من يجوز دفع الصدقة اليه ومن لا يجوز

الاصل فيه قوله عز وجل
انما الصدقات للفقراء الاية فهذه ثمانية اصناف وقد سقط منها المؤلفة قلوبهم لان الله تعالى
اعز الاسلام واغنى عنهم وعلى ذلك انعقد الاجماع والفقير من له ادنى شيء والمسكين
من لا شيء له وهذا مروي عن ابي حنيفة وقد قيل على العكس ولكل وجه ثم هما صنفان
او صنف واحد سنذكره في كتاب الوصايا ان شاء الله تعالى والعامل يدفع اليه الامام ان عمل بقدر عمله فيعطيه
ما يسعه واعوانه غير مقدر بالثمن خلافا للشافعي لان استحقاقه بطريق الكفاية ولهذا
ياخذ وان كان غنيا الا ان فيه شبهة الصدقة فلا ياخذها العامل الهاشمي تنزيها
لقرابة النبي صلى الله عليه وسلم عن شبهة الوسخ والغني لا يوازيه في استحقاق الكرامة فلم تعتبر
الشبهة في حقه وفي الرقاب يعان المكاتبون منها في فك رقابهم هو المنقول والغارم
من لزمه دين ولا يملك نصابا فاضلا عن دينه وقال الشافعي من تحمل غرامة في اصلاح
ذات البين واطفاء النائرة بين القبيلتين وفي سبيل الله منقطع الغزاة عند ابي يوسف
لانه المتفاهم عند الاطلاق وعند محمد منقطع الحاج لما روي ان رجلا جعل بعيرا له
في سبيل الله تعالى فامره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يحمل عليه الحاج ولا يصرف الى
اغنياء الغزاة عندنا لان المصرف هو الفقراء وابن السبيل من كان له مال في وطنه
وهو في مكان لا شيء له فيه قال فهذه جهات الزكوة فللمالك ان يدفع الى كل واحد
منهم وله ان يقتصر على صنف واحد وقال الشافعي لا يجوز الا ان يصرف الى ثلثة من كل
صنف لان الاضافة بحرف اللام للاستحقاق ولنا ان الاضافة لبيان انهم مصارف
لا لاثبات الاستحقاق وهذا لما عرف ان الزكوة حق الله تعالى وبعلة الفقر صاروا
مصارف فلا يبالي باختلاف جهاته والذي ذهبنا اليه مروي عن عمر وابن عباس رض
ولا يجوز ان يدفع الزكوة الى ذمي لقوله عليه السلام لمعاذ رض خذها من اغنيائهم وردها
الى فقرائهم ويدفع ما سوى ذلك من الصدقة وقال الشافعي لا تدفع وهو رواية عن
ابي يوسف اعتبارا بالزكوة ولنا قوله عليه السلام تصدقوا على اهل الاديان كلها ولولا

حديث معاذ رض لقلنا بالجواز في الزكوة ولا يبنى بها مسجد ولا يكفن بها ميت
لانعدام التمليك وهو الركن ولا يقضى بها دين ميت لان قضاء دين الغير لا يقتضي
التمليك منه لا سيما من الميت ولا تشترى بها رقبة تعتق خلافا لمالك ذهب اليه
في تاويل قوله عز وجل وفي الرقاب ولنا ان الاعتاق اسقاط الملك وليس بتمليك
ولا يدفع الى غني لقوله عليه السلام لا تحل الصدقة لغني وهو باطلاقه حجة على
الشافعي في غني الغزاة وكذا حديث معاذ رض على ما رويناه قال ولا يدفع
المزكي زكوته الى ابيه وجده وان علا ولا الى ولده وولد ولده وان سفل
لان منافع الاملاك بينهم متصلة فلا يتحقق التمليك على الكمال ولا الى امرأته
للاشتراك في المنافع عادة ولا تدفع المراة الى زوجها عند ابي حنيفة لما ذكرنا
وقالا تدفع اليه لقوله عليه السلام لك اجران اجر الصدقة واجر الصلة قاله لامراة
عبد الله بن مسعود رض وقد سالته عن التصدق عليه قلنا هو محمول على النافلة
قال ولا يدفع الى مكاتبه ومدبره وام ولده لفقدان التمليك اذ كسب المملوك لسيده
وله حق في كسب مكاتبه فلم يتم التمليك ولا الى عبد قد اعتق بعضه عند ابي حنيفة
لانه بمنزلة المكاتب عنده وقالا يدفع اليه لانه حر مديون عندهما ولا يدفع الى
مملوك غني لان الملك واقع لمولاه ولا الى ولد غني اذا كان صغيرا لانه يعد غنيا
بمال ابيه بخلاف ما اذا كان كبيرا فقيرا لانه لا يعد غنيا بيسار ابيه وان كانت نفقته عليه
وبخلاف امراة الغني اذا كانت فقيرة لانها لا تعد غنية بيسار الزوج وبقدر
النفقة لا تكون موسرة ولا يدفع الى بني هاشم لقوله عليه السلام يا بني هاشم ان
الله تعالى حرم عليكم غسالة ايدي الناس واوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس
بخلاف التطوع لان المال ههنا كالماء يتدنس باسقاط الفرض اما التطوع فبمنزلة
التبرد بالماء قال وهم آل علي وآل عباس وآل جعفر وآل عقيل وآل الحارث
بن عبد المطلب ومواليهم اما هؤلاء فلانهم ينسبون الى هاشم بن عبد مناف ونسبة القبيلة
اليه واما مواليهم فلما روي ان مولى لرسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم سأله اتحل
لي الصدقة فقال لا انت مولانا بخلاف ما اذا اعتق القرشي عبدا نصرانيا حيث يؤخذ
منه الجزية ويعتبر حال المعتق لانه القياس والالحاق بالمولى بالنص وقد
خص الصدقة قال ابو حنيفة ومحمد اذا دفع الزكوة الى رجل يظنه فقيرا ثم بان انه
غني او هاشمي او كافر او دفع اليه في ظلمة فبان انه ابوه او ولده فلا اعادة عليه

وقال ابو يوسف عليه الاعادة لظهور الخطأ بيقين وامكان الوقوف على هذه الاشياء
وصار كالاوانی والثياب ولهما حديث معن بن يزيد فانه صلى الله تعالى عليه وسلم قال فيه يا يزيد
لك ما نويت ويا معن لك ما اخذت وقد دفع اليه وكيل ابيه صدقته ولان الوقوف على هذه
الاشياء بالاجتهاد دون القطع فيبتنى الامر فيها على ما يقع عنده كما اذا اشتبهت
عليه القبلة وعن ابی حنيفة فی غير الغنی انه لا يجزيه والظاهر هو الاول وهذا اذا تحرى
فدفع وفی اكبر رأيه انه مصرف اما اذا شك ولم يتحر او تحرى فدفع وفی اكبر رأيه
انه ليس بمصرف لا يجزيه الا اذا علم انه فقير هو الصحيح ولو دفع الى شخص ثم علم انه عبده
او مكاتبه لا يجزيه لانعدام التمليك لعدم اهلية الملك وهو الركن على ما مر ولا يجوز
دفع الزكوة الى من يملك نصابا من ای مال كان لان الغنی الشرعی مقدر به والشرط ان يكون
فاضلا عن الحاجة الاصلية وانما النماء شرط الوجوب ويجوز دفعها الى من يملك اقل من ذلك
وان كان صحيحا مكتسبا لانه فقير والفقراء هم المصارف ولان حقيقة الحاجة لا يوقف
عليها فادير الحكم على دليلها وهو فقد النصاب ويكره ان يدفع الى واحد مائتی درهم فصاعدا
وان دفع جاز وقال زفر لا يجوز لان الغنی قارن الاداء فحصل الاداء الى الغنی ولنا
ان الغنی حكم الاداء فيتعقبه لكنه يكره لقرب الغنی منه كمن صلى وبقربه نجاسة قال محمد
وان يغنی به انسانا احب الی معناه الاغناء عن السؤال لان الاغناء مطلقا مكروه
ويكره نقل الزكوة من بلد الى بلد وانما تفرق صدقة كل قوم فيهم لما روينا فيه من حديث
معاذ رض وفيه رعاية حق الجوار الا ان ينقلها الانسان الى قرابته او الى قوم هم احوج
من اهل بلده لما فيه من الصلة او زيادة دفع الحاجة ولو نقل الى غيرهم اجزأه وان كان
مكروها لان المصرف مطلق الفقراء بالنص

باب صدقة الفطر

قال صدقة
الفطر واجبة على الحر المسلم اذا كان مالكا لمقدار النصاب فاضلا عن مسكنه وثيابه واثاثه
وفرسه وسلاحه وعبيده اما وجوبها فلقوله عليه السلام فی خطبته ادوا عن كل حر وعبد
صغير او كبير نصف صاع من بر او صاعا من تمر او صاعا من شعير رواه ثعلبة بن صعير
العدوی رض وبمثله يثبت الوجوب لعدم القطع وشرط الحرية ليتحقق التمليك والاسلام
ليقع قربة واليسار لقوله عليه السلام لا صدقة الا عن ظهر غنی وهو حجة على الشافعی فی قوله
يجب على من يملك زيادة على قوت يومه لنفسه وعياله وقدر اليسار بالنصاب لتقدير
الغنی فی الشرع به فاضلا عما ذكرنا من الاشياء لانها مستحقة بالحاجة الاصلية والمستحق بالحاجة
الاصلية كالمعدوم ولا يشترط فيه النمو ويتعلق بهذا النصاب حرمان الصدقة ووجوب

الاضحية والفطرة قال يخرج ذلك عن نفسه لحديث ابن عمر رض قال فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم
زكوة الفطر على الذكر والانثى الحديث ويخرج عن اولاده الصغار لان السبب رأس
يمونه ويلی عليه لانه يضاف اليه يقال زكوة الرأس وهی امارة السببية والاضافة
الى الفطر باعتبار انه وقته ولهذا يتعدد بتعدد الرأس مع اتحاد اليوم والاصل
فی الوجوب رأسه وهو يمونه ويلی عليه فيلحق به ما هو فی معناه كاولاده الصغار
لانه يمونهم ويلی عليهم ومماليكه لقيام الولاية والمؤنة وهذا اذا كانوا الصغار
لا مال لهم فان كان لهم مال يؤدی من مالهم عند ابی حنيفة وابی يوسف خلافا
لمحمد لان الشرع اجراه مجرى المؤنة فاشبه النفقة ولا يؤدی عن زوجته لقصور الولاية
والمؤنة فانه لا يليها فی غير حقوق النكاح ولا يمونها فی غير الرواتب كالنفقة
ولا عن اولاده الكبار وان كانوا فی عياله لانعدام الولاية ولو ادى عنهم او عن زوجته
بغير امرهم اجزأهم استحسانا لثبوت الاذن عادة ولا يخرج عن مكاتبه لعدم الولاية
ولا المكاتب عن نفسه لفقره وفی المدبر وام الولد ولاية المولى ثابتة فيخرج عنهما
ولا يخرج عن مماليكه للتجارة خلافا للشافعی فان عنده وجوبها على العبد ووجوب
الزكوة على المولى فلا تنافی وعندنا وجوبها على المولى كالزكوة بسببه فيؤدی
الى الثنی والعبد بين شريكين لا فطرة على كل واحد منهما لقصور الولاية والمؤنة فی حق
كل واحد منهما وكذا العبيد بين اثنين عند ابی حنيفة وقالا يجب على كل واحد ما يخصه من
الرؤس دون الاشقاص بناء على انه لا يرى قسمة الرقيق وهما يريانها وقيل هو بالاجماع
لانه لا يجتمع النصيب قبل القسمة فلم يتم الرقبة لكل واحد منهما ويؤدی المسلم الفطرة عن عبده
الكافر لاطلاق ما روينا ولقوله عليه السلام فی حديث ابن عباس رض ادوا عن كل حر
وعبد يهودی او نصرانی او مجوسی الحديث ولان السبب قد تحقق والمولى من اهله وفيه خلاف
الشافعی لان الوجوب عنده على العبد وهو ليس من اهله ولو كان على العكس فلا وجوب
بالاتفاق ومن باع عبدا واحدهما بالخيار ففطرته على من يصير له معناه اذا مر يوم
الفطر والخيار باق وقال زفر على من له الخيار لان الولاية له وقال الشافعی على من له
الملك لانه من وظائفه كالنفقة ولنا ان الملك موقوف لانه لو رد يعود الى قديم ملك
البائع ولو اجيز يثبت الملك للمشتری من وقت العقد فيتوقف ما يبتنى عليه بخلاف
النفقة لانها للحاجة الناجزة فلا تقبل التوقف وزكوة التجارة على هذا الخلاف

فصل فی مقدار الواجب ووقته

الفطرة نصف صاع من بر او دقيق او سويق او زبيب

أو صاع من تمر أو شعير وقال أبو يوسف ومحمد الزبيب بمنزلة الشعير وهو رواية عن أبي حنيفة
والأول رواية الجامع الصغير وقال الشافعي من جميع ذلك صاع لحديث أبي سعيد الخدري
قال كنا نخرج ذلك على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولنا ما رويناه وهو مذهب جماعة
من الصحابة رضي الله عنهم فيهم الخلفاء الراشدون وما رواه محمول على الزيادة تطوعا ولهما
في الزبيب أنه والتمر يتقاربان في المقصود وله أنه والبر يتقاربان في المعنى لأنه
يؤكل كل واحد منهما ويلقى من التمر النواة ومن الشعير النخالة وبهذا ظهر التفاوت
بين التمر والبر ومراده من الدقيق والسويق ما يتخذ من البر أما دقيق الشعير
فكالشعير والأولى أن يراعى فيهما القدر والقيمة احتياطا وإن نص على الدقيق في بعض
الأخبار ولم يبين ذلك في الكتاب اعتبارا للغالب والخبز تعتبر فيه القيمة هو الصحيح
ثم يعتبر نصف صاع من بر وزنا فيما يروى عن أبي حنيفة وعن محمد أنه يعتبر كيلا قال
والدقيق أولى من البر والدراهم أولى من الدقيق فيما يروى عن أبي يوسف وهو اختيار
الفقيه أبي جعفر لأنه أدفع للحاجة وأعجل به وعن أبي بكر الأعمش تفضيل الحنطة
لأنه أبعد من الخلاف إذ في الدقيق والقيمة خلاف الشافعي والصاع عند أبي حنيفة
ومحمد ثمانية أرطال بالعراقي وقال أبو يوسف خمسة أرطال وثلث رطل وهو قول
الشافعي لقوله عليه السلام صاعنا أصغر الصيعان ولنا ما روي أنه عليه السلام كان يتوضأ
بالمد رطلين ويغتسل بالصاع ثمانية أرطال هكذا كان صاع عمر رضي الله عنه وهو أصغر
من الهاشمي وكانوا يستعملون الهاشمي قال ووجوب الفطرة يتعلق بطلوع الفجر من يوم
الفطر وقال الشافعي بغروب الشمس في اليوم الأخير من رمضان حتى إن من أسلم أو ولد
ليلة الفطر تجب فطرته عندنا وعنده لا تجب وعلى عكسه من مات فيها من مماليكه أو ولده
لا تجب فطرته عندنا وعنده تجب له أنه يختص بالفطر وهذا وقته ولنا أن الإضافة
للاختصاص واختصاص الفطر باليوم دون الليل والمستحب أن يخرج الناس الفطرة
يوم الفطر قبل الخروج إلى المصلى لأنه عليه السلام كان يخرج قبل أن يخرج ولأن الأمر
بالإغناء كيلا يتشاغل الفقير بالمسألة عن الصلاة وذلك بالتقديم فإن قدموها
على يوم الفطر جاز لأنه أدى بعد تقرر السبب فأشبه التعجيل في الزكاة ولا تفصيل
بين مدة ومدة هو الصحيح وإن أخروها عن يوم الفطر لم تسقط وكان عليهم إخراجها
لأن وجه القربة فيها معقول فلا يتقدر وقت الأداء فيها بخلاف الأضحية

كتاب الصوم

قال الصوم ضربان واجب ونفل والواجب ضربان

صاع الهاشمي صاع العراقي وصاع المدينة

الفطرة

المراد به الواجب الأعم

منه ما يتعلق بزمان بعينه كصوم رمضان والنذر المعين فيجوز صومه بنية من الليل وإن لم ينو
حتى أصبح أجزأته النية ما بينه وبين الزوال وقال الشافعي لا يجزيه اعلم أن صوم رمضان
فريضة لقوله تعالى كتب عليكم الصيام وعلى فرضيته انعقد الإجماع ولهذا يكفر
جاحده والمنذور واجب لقوله تعالى وليوفوا نذورهم وسبب الأول الشهر ولهذا
يضاف إليه ويتكرر بتكرره وكل يوم سبب وجوب صومه وسبب الثاني النذر والنية
من شرطه وسنبينه إن شاء الله تعالى وجه قوله في الخلافية قوله عليه السلام لا صيام لمن لم ينو
الصيام من الليل ولأنه لما فسد الجزء الأول لفقد النية فسد الثاني ضرورة أنه
لا يتجزى بخلاف النفل لأنه متجزئ عنده ولنا قوله عليه السلام بعدما شهد الأعرابي برؤية
الهلال ألا من أكل فلا يأكلن بقية يومه ومن لم يأكل فليصم وما رواه محمول على نفي
الفضيلة والكمال أو معناه لم ينو أنه صوم من الليل ولأنه يوم صوم فيتوقف الإمساك
في أوله على النية المتأخرة المقترنة بأكثره كالنفل وهذا لأن الصوم ركن واحد ممتد
والنية لتعيينه لله تعالى فتترجح بالكثرة جنبة الوجود بخلاف الصلاة والحج لأن لهما أركانا
فيشترط قرانها بالعقد على أدائها وبخلاف القضاء لأنه يتوقف على صوم ذلك اليوم
وهو النفل وبخلاف ما بعد الزوال لأنه لم يوجد اقترانها بالأكثر فترجحت جنبة
الفوات ثم قال في المختصر ما بينه وبين الزوال وفي الجامع الصغير قبل نصف النهار
وهو الأصح لأنه لا بد من وجود النية في أكثر النهار ونصفه من وقت طلوع الفجر
إلى وقت الضحوة الكبرى فيشترط النية قبلها لتتحقق في الأكثر قال ولا فرق بين
المسافر والمقيم خلافا لزفر لأنه لا تفصيل فيما ذكرنا من الدليل وهذا الضرب من الصوم
يتأدى بمطلق النية وبنية النفل وبنية واجب آخر وقال الشافعي في نية النفل عابث
وفي مطلقها له قولان لأنه بنية النفل معرض عن الفرض فلا يكون له الفرض ولنا أن
الفرض متعين فيه فيصاب بأصل النية كالمتوحد في الدار يصاب باسم جنسه وإذا
نوى النفل أو واجبا آخر فقد نوى أصل الصوم وزيادة جهة وقد لغت الجهة فبقي الأصل
وهو كاف ولا فرق بين المسافر والمقيم والصحيح والسقيم عند أبي يوسف ومحمد لأن الرخصة
كيلا يلزم المعذور مشقة فإذا تحملها التحق بغير المعذور وعند أبي حنيفة إذا صام المريض
والمسافر بنية واجب آخر يقع عنه لأنه شغل الوقت بالأهم لتحتمه للحال وتخييره في صوم
رمضان إلى إدراك العدة وعنه في نية التطوع روايتان والفرق على إحداهما أنه ما صرف
الوقت إلى الأهم قال والضرب الثاني ما يثبت في الذمة كقضاء رمضان وصوم الكفارة

وإن نوى

وتفسيره م

أي جانب وجود الصوم

سوف

أي لا يكون صائما لا فرضا ولا نفلا

والنذر المطلق م

فلا يجوز الا بنية من الليل لانه غير متعين فلا بد من التعيين من الابتداء قال والنفل كله يجوز
بنية قبل الزوال خلافا لمالك فانه يتمسك باطلاق ما روينا ولنا قوله عليه السلام بعدما كان
يصبح غير صائم اني اذاً لصائم ولان المشروع خارج رمضان هو النفل فيتوقف الامساك
في اول اليوم على صيرورته صوما بالنية على ما ذكرنا قال ولو نوى بعد الزوال لا يجوز
وقال الشافعي جاز ويصير صائما من حين نوى اذ هو متجزٍ عنده لكونه مبنيا على
النشاط ولعله ينشط بعد الزوال الا ان من شرطه الامساك في اول النهار وعندنا يصير
صائما من اول النهار لانه عبادة قهر النفس وهي انما تتحقق بامساك مقدر فيعتبر قران
النية باكثره قال وينبغي للناس ان يلتمسوا الهلال في اليوم التاسع والعشرين من شعبان فان رأوه
صاموا وان غم عليهم اكملوا عدة شعبان ثلثين يوما ثم صاموا لقوله عليه السلام صوموا لرؤيته
وافطروا لرؤيته فان غم عليكم الهلال فاكملوا شعبان ثلثين يوما ولان الاصل بقاء الشهر
فلا ينقل عنه الا بدليل ولم يوجد قال ولا يصومون يوم الشك الا تطوعا لقوله عليه السلام
لا يصام اليوم الذي يشك فيه انه من رمضان الا تطوعا وهذه المسئلة على وجوه احدها ان ينوي
صوم رمضان وهو مكروه عندنا لما روينا ولانه تشبه باهل الكتاب لانهم زادوا في
صومهم ثم ان ظهر ان هذا اليوم من رمضان يجزيه لانه شهد الشهر وصامه وان
ظهر انه من شعبان كان تطوعا وان افطر لم يقضه لانه في معنى المظنون والثاني
ان ينوي عن واجب اخر وهو مكروه ايضا لما روينا الا ان هذا دون الاول
في الكراهة ثم ان ظهر انه من رمضان يجزيه لوجود اصل النية وان ظهر انه من شعبان
فقد قيل يكون تطوعا لانه منهي عنه فلا يتادى به الواجب وقيل يجزيه عن الذي نواه
وهو الاصح لان المنهي عنه وهو التقدم على رمضان بصوم رمضان لا يقوم بكل صوم بخلاف
يوم العيد لان المنهي عنه وهو ترك الاجابة يلازم كل صوم والكراهة هنا لصورة النهي
والثالث ان ينوي التطوع وهو غير مكروه لما روينا وهو حجة على الشافعي في قوله يكره
على سبيل الابتداء والمراد بقوله عليه السلام لا تقدموا رمضان بصوم يوم ولا بصوم
يومين الحديث التقدم بصوم رمضان لانه يؤديه قبل اوانه ثم ان وافق صوما
كان يصومه فالصوم افضل بالاجماع وكذا اذا صام ثلثة ايام من اخر الشهر فصاعدا
وان افرده فقد قيل الفطر افضل احترازا عن ظاهر النهي وقيل الصوم افضل اقتداء
بعلي وعائشة رضي الله عنهما فانهما كانا يصومانه والمختار ان يصوم المفتي بنفسه اخذا
بالاحتياط ويفتي العامة بالتلوم الى وقت الزوال ثم بالافطار نفيا لتهمة العصيان

الذي

الذي دل عليه قوله عليه السلام من صام يوم الشك فقد عصى ابا القاسم والرابع ان يضجع
في اصل النية بان ينوي ان يصوم غدا ان كان من رمضان ولا يصوم ان كان من
شعبان وفي هذا الوجه لا يصير صائما لانه لم يقطع عزيمته فصار كما اذا نوى انه
ان وجد غداء يفطر وان لم يجد يصوم والخامس ان يضجع في وصف النية
بان ينوي ان كان غدا من رمضان يصوم عنه وان كان من شعبان فعن واجب
آخر فهذا مكروه لتردده بين امرين مكروهين ثم ان ظهر انه من رمضان اجزاه
لعدم التردد في اصل النية وان ظهر انه من شعبان لا يجزيه عن واجب اخر لان الجهة
لم تثبت للتردد فيها واصل النية لا يكفيه لكنه يكون تطوعا غير مضمون بالقضاء
لشروعه فيه مسقطا قال وان نوى عن رمضان ان كان غدا منه وعن التطوع ان كان
من شعبان يكره لانه ناوٍ للفرض من وجه ثم ان ظهر انه من رمضان اجزاه عنه لما مر
وان ظهر انه من شعبان جاز عن نفله لانه يتادى باصل النية قال ولو افسده يجب ان
لا يقضيه لدخول الاسقاط في عزيمته من وجه قال ومن رأى هلال رمضان وحده
صام وان لم يقبل الامام شهادته لقوله عليه السلام صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته
وقد رأى ظاهرا وان افطر فعليه القضاء دون الكفارة وقال الشافعي عليه الكفارة
ان افطر بالوقاع لانه افطر من رمضان حقيقة لتيقنه به وحكما لوجوب الصوم عليه ولنا
ان القاضي رد شهادته بدليل شرعي وهو تهمة الغلط فاورث شبهة وهذه الكفارة
تندرئ بالشبهات ولو افطر قبل ان يرد الامام شهادته اختلف المشايخ فيه ولو
اكمل هذا الرجل ثلثين يوما لم يفطر الا مع الامام لان الوجوب عليه للاحتياط والاحتياط
بعد ذلك في تاخير الافطار ولو افطر لا كفارة عليه اعتبارا للحقيقة التي عنده قال واذا
كان بالسماء علة قبل الامام شهادة الواحد العدل في رؤية الهلال رجلا كان او امرأة
حرا كان او عبدا لانه امر ديني فاشبه رواية الاخبار ولهذا لا يختص بلفظ الشهادة
وتشترط العدالة لان قول الفاسق في الديانات غير مقبول وتاويل قول الطحاوي
عدلا كان او غير عدل ان يكون مستورا والعلة غيم او غبار او نحوه وفي اطلاق جواب
الكتاب يدخل المحدود في القذف بعدما تاب وهو ظاهر الرواية لانه خبر وعن ابي حنيفة
انها لا تقبل لانها شهادة من وجه وكان الشافعي في احد قوليه يشترط المثنى والحجة
عليه ما ذكرنا وقد صح ان النبي عليه السلام قبل شهادة الواحد في رؤية هلال رمضان
ثم اذا قبل الامام شهادة الواحد وصاموا ثلثين يوما لا يفطرون فيما روى الحسن

عن ابي حنيفة للاحتياط ولان الفطر لا يثبت بشهادة الواحد وعن محمد انهم يفطرون
ويثبت الفطر بناء على ثبوت الرمضانية بشهادة الواحد وان كان لا يثبت بها
ابتداء كاستحقاق الارث بناء على النسب الثابت بشهادة القابلة قال واذا لم
يكن بالسماء علة لم تقبل الشهادة حتى يراه جمع كثير يقع العلم بخبرهم لان التفرد
بالروية في مثل هذه الحالة يوهم الغلط فيجب التوقف فيه حتى يكون جمعا كثيرا
بخلاف ما اذا كان بالسماء علة لانه قد ينشق الغيم عن موضع القمر فيتفق للبعض
النظر ثم قيل في حد الكثير اهل المحلة وعن ابي يوسف خمسون رجلا اعتبارا بالقسامة
ولا فرق بين اهل المصر ومن ورد من خارج المصر وذكر الطحاوي انه يقبل شهادة
الواحد اذا جاء من خارج المصر لقلة الموانع واليه الاشارة في كتاب الاستحسان وكذا
اذا كان على مكان مرتفع في المصر قال ومن رأى هلال الفطر وحده لم يفطر احتياطا
والاحتياط في الصوم في الايجاب قال واذا كان بالسماء علة لم تقبل في هلال
الفطر الا شهادة رجلين او رجل وامرأتين لانه تعلق به نفع العبد وهو الفطر
فاشبه سائر حقوقه والاضحى كالفطر في هذا في ظاهر الرواية وهو الاصح خلافا
لما يروى عن ابي حنيفة انه كهلال رمضان لانه تعلق به نفع العباد وهو التوسع بلحوم
الاضاحي قال وان لم يكن بالسماء علة لم تقبل الا شهادة جماعة يقع العلم بخبرهم
كما ذكرنا قال ووقت الصوم من حين طلوع الفجر الثاني الى غروب الشمس لقوله تعالى
وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود من الفجر ثم اتموا الصيام
الى الليل والخيطان بياض النهار وسواد الليل قال والصوم هو الامساك عن الاكل
والشرب والجماع نهارا مع النية لانه في حقيقة اللغة هو الامساك لورود الاستعمال
الا انه زيد عليه النية في الشرع لتتميز بها العبادة عن العادة واختص بالنهار لما تلونا
ولانه لما تعذر الوصال كان تعيين النهار اولى ليكون على خلاف العادة وعليه مبنى
العبادة والطهارة عن الحيض والنفاس شرط لتحقق الاداء في حق النساء

باب ما يوجب القضاء والكفارة واذا اكل الصائم او شرب او جامع ناسيا لم يفطر
والقياس ان يفطر وهو قول مالك لوجود ما يضاد الصوم فصار كالكلام
ناسيا في الصلوة وجه الاستحسان قوله عليه السلام للذي اكل وشرب ناسيا تم على صومك
فانما اطعمك الله وسقاك واذا ثبت هذا في الاكل والشرب ثبت في الوقاع
للاستواء في الركنية بخلاف الصلوة لان هيئة الصلوة مذكرة فلا يغلب النسيان

ولا

ولانه يوثر في الصوم فيغلب ولا فرق بين الفرض والنفل لان النص لم يفصل ولو كان مخطئا
او مكرها فعليه القضاء خلافا للشافعي فانه يعتبره بالناسي ولنا انه لا يغلب وجوده
وعذر النسيان غالب ولان النسيان من قبل من له الحق والاكراه من قبل غيره فيفترقان
كالمقيد والمريض في قضاء الصلوة قال فان نام فاحتلم لم يفطر لقوله عليه السلام
ثلث لا يفطرن الصيام القيء والحجامة والاحتلام ولانه لم يوجد صورة الجماع ولا معناه
وهو الانزال عن شهوة بالمباشرة وكذا اذا نظر الى امرأة فامنى لما بينا وصار
كالمتفكر اذا امنى وكالمستمني بالكف على ما قالوا قال ولو ادهن لم يفطر لعدم المنافي
وكذا اذا احتجم لهذا ولما روينا قال ولو اكتحل لم يفطر لانه ليس بين العين والدماغ
منفذ والدمع يترشح كالعرق والداخل من المسام لا ينافي كما اذا اغتسل بالماء البارد
قال ولو قبل لا يفسد صومه يريد به اذا لم ينزل لعدم المنافي صورة ومعنى بخلاف الرجعة
والمصاهرة لان الحكم هناك ادير على السبب على ما ياتي في موضعه ان شاء الله تعالى وان
انزل بقبلة او لمس فعليه القضاء دون الكفارة لوجود معنى الجماع ووجود المنافي
صورة او معنى يكفي لايجاب القضاء احتياطا اما الكفارة فتفتقر الى كمال الجناية لانها
تندرئ بالشبهات كالحدود قال ولا باس بالقبلة اذا امن على نفسه اي الجماع او الانزال
ويكره ان لم يامن لان عينه ليس بمفطر وربما يصير فطرا بعاقبته فان امن
يعتبر عينه وابيح له وان لم يامن يعتبر عاقبته وكره له والشافعي اطلق فيه في الحالين
والحجة عليه ما ذكرنا والمباشرة مثل التقبيل في ظاهر الرواية وعن محمد انه كره المباشرة
الفاحشة لانه قلما يخلو عن الفتنة قال ولو دخل حلقه ذباب وهو ذاكر لصومه لم يفطر
وفي القياس يفسد صومه لوصول المفطر الى جوفه وان كان لا يتغذى به كالتراب
والحصاة وجه الاستحسان انه لا يستطاع الامتناع عنه فاشبه الغبار والدخان واختلفوا
في المطر والثلج والاصح انه يفسد لامكان الامتناع عنه اذا اواه خيمة او سقف
قال ولو اكل لحما بين اسنانه لم يفطر وان كان كثيرا افطر وقال زفر يفطر في الوجهين
لان الفم له حكم الظاهر حتى لا يفسد صومه بالمضمضة ولنا ان القليل تابع لاسنانه
بمنزلة ريقه بخلاف الكثير لانه لا يبقى فيما بين الاسنان والفاصل مقدار الحمصة وما دونها
قليل قال فان اخرجه واخذه بيده ثم اكله ينبغي ان يفسد صومه لما روي عن محمد
ان الصائم اذا ابتلع سمسمة بين اسنانه لا يفسد صومه ولو اكلها ابتداء يفسد صومه ولو
مضغها لا يفسد لانها تتلاشى وفي مقدار الحمصة عليه القضاء دون الكفارة عند ابي يوسف

اذا

وعند زفر عليه الكفارة ايضا لانه طعام متغير ولابي يوسف انه يعافه الطبع قال
فان ذرعه القيء لم يفطر لقوله عليه السلام من قاء فلا قضاء عليه ومن استقاء عمدا فعليه
القضاء ويستوي فيه ملء الفم فما دونه فلو عاد وكان ملء الفم فسد عند ابي يوسف لانه
خارج حتى انتقض به الطهارة وقد دخل وعند محمد لا يفسد لانه لم يوجد صورة الفطر
وهو الابتلاع وكذا معناه لانه لا يتغذى به عادة وان اعاده فسد بالاجماع لوجود
الادخال بعد الخروج فيتحقق صورة الفطر وان كان اقل من ملء الفم فعاد لم يفسد صومه
لانه غير خارج ولا صنع له في الادخال قال فان استقاء عمدا ملء فيه فعليه القضاء
لما روينا والقياس متروك به ولا كفارة عليه لعدم الصورة قال فان كان اقل من ملء
الفم فكذلك عند محمد لاطلاق الحديث وعند ابي يوسف لا يفسد لعدم الخروج حكما ثم ان
عاد لم يفسد عنده لعدم سبق الخروج وان اعاده فعنه انه لا يفسد لما ذكرنا وعنه انه يفسد
فالحقه بملء الفم لكثرة الصنع قال ومن ابتلع الحصاة او الحديد افطر لوجود صورة
الفطر ولا كفارة عليه لعدم المعنى قال ومن جامع عمدا في احد السبيلين فعليه القضاء
استدراكا للمصلحة الفائتة والكفارة لتكامل الجناية ولا يشترط الانزال في المحلين
اعتبارا بالاغتسال وهذا لان قضاء الشهوة يتحقق دونه وانما ذلك شبع وعن ابي حنيفة
انه لا تجب الكفارة بالجماع في الموضع المكروه اعتبارا بالحد عنده والاصح انها تجب الكفارة
لان الجناية متكاملة لقضاء الشهوة قال ولو جامع ميتة او بهيمة فلا كفارة عليه
انزل او لم ينزل خلافا للشافعي لان الجناية تكاملها بقضاء الشهوة في محل مشتهى
ولم يوجد ثم عندنا كما تجب الكفارة بالوقاع على الرجل تجب على المراة وقال الشافعي
في قول لا تجب عليها لانها متعلقة بالجماع وهو فعله وانما هي محل الفعل وفي قول
يتحمل الرجل عنها اعتبارا بماء الاغتسال ولنا قوله عليه السلام من افطر في رمضان
فعليه ما على المظاهر وكلمة من تنتظم الاناث والذكور ولان السبب جناية الافساد
لا نفس الوقاع وقد شاركته فيها ولا يتحمل لانها عبادة او عقوبة ولا يجري فيهما
التحمل قال ولو اكل او شرب ما يتغذى به او يتداوى به فعليه القضاء والكفارة وقال
الشافعي لا كفارة عليه لانها شرعت في الوقاع بخلاف القياس لارتفاع الذنب بالتوبة
فلا يقاس عليه غيره ولنا ان الكفارة تعلقت بجناية الافطار في رمضان على وجه الكمال
وقد تحقق وبايجاب الاعتاق تكفيرا عرف ان التوبة غير مكفرة لهذه الجناية ثم قال
والكفارة مثل كفارة الظهار لما روينا ولحديث الاعرابي انه قال يا رسول الله هلكت

وان اعاد فكذلك عند ابي يوسف لعدم الخروج وعند محمد يفسد لوجود الصنع منه في الادخال م

واهلكت

واهلكت فقال ماذا صنعت فقال واقعت امراتي في نهار رمضان متعمدا فقال عليه السلام اعتق رقبة
فقال لا املك الا رقبتي هذه فقال صم شهرين متتابعين فقال وهل جاءني ما جاءني الا من الصوم
فقال اطعم ستين مسكينا فقال لا اجد فامر النبي عليه الصلاة والسلام بان يؤتى بفرق من تمر و
يروى بعرق فيه خمسة عشر صاعا وقال فرقها على المساكين فقال والله ليس بين لابتي المدينة
احد احوج مني ومن عيالي فقال عليه السلام كل انت وعيالك يجزيك ولا يجزي احدا بعدك وهو
حجة على الشافعي في قوله يخير لان مقتضاه الترتيب وعلى مالك في نفي التتابع للنص عليه قال ومن
جامع فيما دون الفرج فانزل فعليه القضاء لوجود الجماع معنى ولا كفارة عليه لانعدامه
صورة قال وليس في افساد الصوم في غير رمضان كفارة لان الافطار في رمضان ابلغ في الجناية
فلا يلحق به غيره قال ومن احتقن او استعط او اقطر في اذنه افطر لقوله عليه السلام الفطر مما
دخل ولوجود معنى الفطر وهو وصول ما فيه صلاح البدن الى الجوف ولا كفارة عليه لانعدام
الصورة قال ولو اقطر في اذنه الماء او دخله لا يفسد صومه لانعدام المعنى والصورة بخلاف
ما اذا دخله الدهن قال واذا داوى جائفة او امة بدواء فوصل الى جوفه او دماغه افطر
عند ابي حنيفة والذي يصل هو الرطب وقالا لا يفطر لعدم التيقن بالوصول لانضمام المنفذ
مرة واتساعه اخرى كما في اليابس من الدواء وله ان رطوبة الدواء تلاقي رطوبة الجراحة
فيزداد ميلا الى الاسفل فيصل الى الجوف بخلاف اليابس لانه ينشف رطوبة الجراحة
فينسد فمها قال ولو اقطر في احليله لم يفطر عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يفطر وقول محمد
مضطرب فيه فكانه وقع عند ابي يوسف ان بينه وبين الجوف منفذا ولهذا يخرج البول ووقع
عند ابي حنيفة ان المثانة حائل بينهما والبول يترشح منه وهذا ليس من باب الفقه قال ومن
ذاق شيئا بفمه لم يفطر لعدم الفطر صورة ومعنى ويكره له ذلك لما فيه من تعريض الصوم على
الفساد قال ويكره للمراة ان تمضغ الطعام لصبيها اذا كان لها منه بد لما بينا ولا باس
اذا لم تجد منه بدا صيانة للولد الا ترى ان لها ان تفطر اذا خافت على الولد قال ومضغ
العلك لا يفطر الصائم لانه لا يصل الى جوفه وقيل اذا لم يكن ملتئما يفسد لانه يصل اليه بعض
اجزائه وقيل اذا كان اسود يفسد وان كان ملتئما لانه يتفتت الا انه يكره لما فيه من التعريض
على الفساد ولانه يتهم بالافطار قال ولا يكره للمراة اذا لم تكن صائمة لقيامه مقام
السواك في حقهن ويكره للرجال على ما قيل اذا لم يكن من علة وقيل لا يستحب لما فيه من التشبه
بالنساء قال ولا باس بالكحل ودهن الشارب لانه نوع ارتفاق وهو ليس من محظور
الصوم وقد ندب النبي عليه السلام الى الاكتحال يوم عاشوراء والى الصوم فيه قال ولا باس

رسول الله م

ابن م

فقه الشريعة بل يرجع الى معرفة الطب ولهذا اضطرب محمد فيه [?]

للصائم م

بالاكتحال للرجال اذا قصد به التداوي دون الزينة ويستحسن دهن الشارب اذا لم يكن
من قصده الزينة لانه يعمل عمل الخضاب ولا يفعل لتطويل اللحية اذا كانت بقدر المسنون
وهو القبضة ولا بأس بالسواك الرطب بالغداة والعشي لقوله عليه السلام خير خلال الصائم
السواك من غير فصل وقال الشافعي يكره بالعشي لما فيه من ازالة الاثر المحمود وهو الخلوف
فشابه دم الشهيد قلنا هو اثر العبادة والاليق به الاخفاء بخلاف دم الشهيد لانه اثر الظلم
ولا فرق بين الرطب الاخضر وبين المبلول بالماء لما روينا **فصل** ومن كان مريضا في
رمضان فخاف ان صام ازداد مرضه افطر وقضى وقال الشافعي لا يفطر هو يعتبر خوف
الهلاك او فوات العضو كما يعتبر في التيمم ونحن نقول ان زيادة المرض وامتداده قد يفضي
الى الهلاك فيجب الاحتراز عنه قال وان كان مسافرا لا يستضر بالصوم فصومه افضل
وان افطر جاز لان السفر لا يعرى عن المشقة فجعل نفسه عذرا بخلاف المرض لانه قد يخف بالصوم
فشرط كونه مفضيا الى الحرج وقال الشافعي الفطر افضل لقوله عليه السلام ليس من البر الصيام
في السفر ولنا ان رمضان افضل الوقتين فكان الاداء فيه اولى وما رواه محمول على حالة
الجهد قال واذا مات المريض او المسافر وهما على حالهما لم يلزمهما القضاء لانهما لم يدركا
عدة من ايام اخر قال ولو صح المريض واقام المسافر ثم ماتا لزمهما القضاء بقدر الصحة
والاقامة لوجود الادراك بهذا المقدار وفائدته وجوب الوصية بالاطعام وذكر
الطحاوي فيه خلافا بين ابي حنيفة وابي يوسف وبين محمد وليس بصحيح وانما الخلاف في النذر
والفرق لهما ان النذر سبب فيظهر الوجوب في حق الخلف وفي هذه المسئلة السبب ادراك
العدة فيتقدر بقدر ما ادرك قال وقضاء رمضان ان شاء فرقه وان شاء تابعه لاطلاق
النص لكن المستحب المتابعة مسارعة الى اسقاط الواجب قال وان اخره حتى دخل رمضان
آخر صام الثاني لانه في وقته وقضى الاول بعده لانه وقت القضاء ولا فدية عليه
لان وجوب القضاء على التراخي حتى كان له ان يتطوع قال والحامل والمرضع اذا خافتا
على انفسهما او ولدهما افطرتا وقضتا دفعا للحرج ولا كفارة عليهما لانه افطار بعذر
ولا فدية عليهما خلافا للشافعي فيما اذا خافت على الولد هو يعتبره بالشيخ الفاني ولنا ان الفدية
بخلاف القياس في الشيخ الفاني والفطر بسبب الولد ليس في معناه لانه عاجز بعد الوجوب
والولد لا وجوب عليه اصلا قال والشيخ الفاني الذي لا يقدر على الصيام يفطر ويطعم
لكل يوم مسكينا كما يطعم في الكفارات والاصل فيه قوله تعالى وعلى الذين يطيقونه فدية
قيل معناه لا يطيقونه ولو قدر على الصوم يبطل حكم الفداء لان شرط الخلفية استمرار العجز

قال

قال ومن مات وعليه قضاء رمضان فاوصى به اطعم عنه وليه لكل يوم مسكينا نصف صاع
من بر او صاعا من تمر او شعير لانه عجز عن الاداء في آخر عمره فصار كالشيخ الفاني
ثم لا بد من الايصاء عندنا خلافا للشافعي وعلى هذا الزكوة هو يعتبره بديون العباد
اذ كل ذلك حق مالي تجري فيه النيابة ولنا انه عبادة ولا بد فيه من الاختيار وذلك
في الايصاء دون الوراثة لانها جبرية ثم هو تبرع ابتداء حتى يعتبر من الثلث والصلوة
كالصوم باستحسان المشايخ وكل صلوة تعتبر بصوم يوم هو الصحيح ولا يصوم عنه الولي
ولا يصلي لقوله عليه السلام لا يصوم احد عن احد ولا يصلي احد عن احد قال ومن دخل في صوم التطوع او في صلوة
التطوع ثم افسده قضاه خلافا للشافعي له انه تبرع بالمؤدى فلا يلزمه ما لم يتبرع به
ولنا ان المؤدى قربة وعمل فيجب صيانته بالمضي عن الابطال واذا وجب المضي وجب القضاء
بتركه ثم عندنا لا يباح الافطار فيه بغير عذر في احدى الروايتين لما بينا ويباح بعذر
والضيافة عذر لقوله عليه السلام افطر واقض يوما مكانه قال واذا بلغ الصبي او اسلم
الكافر في رمضان امسكا بقية يومهما قضاء لحق الوقت بالتشبه ولو افطرا فيه لا قضاء
عليهما لان الصوم غير واجب فيه قال وصاما ما بعده لتحقق السبب والاهلية ولم يقضيا يومهما
ولا ما مضى لعدم الخطاب وهذا بخلاف الصلوة لان السبب فيها الجزء المتصل بالاداء فوجدت
الاهلية عنده وفي الصوم الجزء الاول والاهلية منعدمة عنده وعن ابي يوسف انه اذا زال
الكفر والصبى قبل الزوال فعليهما القضاء لانه ادرك وقت النية وجه الظاهر ان الصوم
لا يتجزى وجوبا واهلية الوجوب منعدمة في اوله الا ان للصبي ان ينوي التطوع في هذه
الصورة دون الكافر على ما قالوا لان الكافر ليس من اهل التطوع ايضا والصبي من اهله
قال واذا نوى المسافر الافطار ثم قدم المصر قبل الزوال فنوى الصوم اجزاه لان
السفر لا ينافي اهلية الوجوب ولا صحة الشروع وان كان في رمضان فعليه ان يصوم لزوال
المرخص في وقت النية الا ترى انه لو كان مقيما في اول اليوم ثم سافر لا يباح له الافطار
ترجيحا لجانب الاقامة فهذا اولى الا انه اذا افطر في المسئلتين لا يلزمه الكفارة لقيام
شبهة المبيح قال ومن اغمي عليه في رمضان لم يقض اليوم الذي حدث فيه الاغماء لوجود
الصوم فيه وهو الامساك المقرون بالنية اذ الظاهر وجودها منه وقضى ما بعده لانعدام
النية قال وان اغمي عليه اول ليلة منه قضاه كله غير يوم تلك الليلة لما قلنا وقال مالك لا يقضي
ما بعده لان صوم رمضان عنده يتأدى بنية واحدة بمنزلة الاعتكاف وعندنا لا بد من النية
لكل يوم لانها عبادات متفرقة لانه يتخلل بين كل يومين ما ليس بزمان لهذه العبادة

بخلاف الاعتكاف قال ومن اغمي عليه في رمضان كله قضاه لانه نوع مرض يضعف القوى
ولا يزيل الحجى فيصير عذرا في التأخير لا في الاسقاط قال ومن جن رمضان كله لم يقضه
خلافا لمالك هو يعتبره بالاغماء ولنا ان المسقط هو الحرج والاغماء لا يستوعب الشهر
غالبا فلا حرج والجنون يستوعبه فيتحقق الحرج قال وان افاق المجنون في بعضه قضى
ما مضى خلافا لزفر والشافعي هما يقولان لم يجب عليه الاداء لانعدام الاهلية والقضاء
مرتب عليه وصار كالمستوعب ولنا ان السبب قد وجد وهو الشهر والاهلية بالذمة وفي
الوجوب فائدة وهو صيرورته مطلوبا على وجه لا حرج في ادائه بخلاف المستوعب لانه
يحرج في الاداء فلا فائدة وتمامه في الخلافيات ثم لا فرق بين الاصلي والعارضي
قيل هذا ظاهر الرواية وعن محمد انه فرق بينهما لانه اذا بلغ مجنونا التحق بالصبي فانعدم
الخطاب بخلاف ما اذا بلغ عاقلا ثم جن وهذا مختار بعض المتأخرين ومن لم ينو
في رمضان كله صوما ولا فطرا فعليه قضاؤه وقال زفر يتأدى صوم رمضان بدون النية
في حق الصحيح المقيم لان الامساك مستحق عليه فعلى اي وجه يؤديه يقع عنه كما اذا وهب
كل النصاب من الفقير ولنا ان المستحق الامساك بجهة العبادة ولا عبادة الا بالنية وفي
هبة النصاب وجد نية القربة على ما مر في الزكوة قال ومن اصبح غير ناو للصوم فاكل
فلا كفارة عليه عند ابي حنيفة وقال زفر عليه الكفارة لانه يتأدى بغير النية عنده وقال
ابو يوسف ومحمد اذا اكل قبل الزوال تجب الكفارة لانه فوت امكان التحصيل فصار كغاصب
الغاصب ولابي حنيفة ان الكفارة تعلقت بالافساد وهذا امتناع اذ لا صوم الا
بالنية قال واذا حاضت المرأة او نفست افطرت وقضت بخلاف الصلاة لانها تحرج
في قضائها وقد مر في الصلوة قال واذا قدم المسافر او طهرت الحائض في بعض
النهار امسكا بقية يومهما وقال الشافعي لا يجب الامساك وعلى هذا الخلاف كل من
صار اهلا للزوم ولم يكن كذلك في اول اليوم هو يقول التشبه خلف فلا يجب الا
على من يتحقق الاصل في حقه كالمفطر متعمدا او مخطئا ولنا انه وجب قضاء لحق الوقت لا
اصلا لا خلفا لانه وقت معظم بخلاف الحائض والنفساء والمريض والمسافر حيث لا يجب عليهم
حال قيام هذه الاعذار لتحقق المانع عن التشبه حسب تحققه عن الصوم قال واذا تسحر وهو يظن
ان الفجر لم يطلع فاذا هو قد طلع او افطر وهو يرى ان الشمس قد غربت فاذا هي لم تغرب امسك بقية
يومه قضاء لحق الوقت بالقدر الممكن او نفيا للتهمة وعليه القضاء لانه حق مضمون بالمثل كما
في المريض والمسافر ولا كفارة عليه لان الجناية قاصرة لعدم القصد وفيه قال عمر رضي الله عنه

ما تجانفنا لاثم قضاء يوم علينا يسير والمراد بالفجر الثاني وقد بيناه في الصلوة
ثم التسحر مستحب لقوله عليه السلام تسحروا فان في السحور بركة والمستحب تأخيره لقوله عليه السلام
ثلث من اخلاق المرسلين تعجيل الافطار وتأخير السحور والسواك الا انه اذا شك في الفجر
ومعناه تساوي الظنين فالافضل ان يدع تحرزا عن المحرم ولا يجب عليه ذلك ولو اكل
فصومه تام لان الاصل هو الليل وعن ابي حنيفة انه اذا كان في موضع لا يستبين الفجر
او كانت الليلة مقمرة او متغيمة او كان ببصره علة وهو يشك لا ياكل ولو اكل فقد اساء
لقوله عليه السلام دع ما يريبك الى ما لا يريبك وان كان اكبر رأيه انه اكل والفجر طالع فعليه
قضاؤه عملا بغالب الرأي وفيه الاحتياط وظاهر الرواية لا قضاء عليه لان اليقين
لا يزال الا بمثله قال ولو ظهر ان الفجر طالع لا كفارة عليه لانه بنى الامر على الاصل فلا
يتحقق العمدية قال ولو شك في غروب الشمس لا يحل له الفطر لان الاصل هو النهار ولو اكل
فعليه القضاء عملا بالاصل وان كان اكبر رأيه انه اكل قبل الغروب فعليه القضاء رواية
واحدة لان النهار هو الاصل ولو كان شاكا فيه وتبين انها لم تغرب ينبغي ان تجب عليه
الكفارة نظرا الى ما هو الاصل وهو النهار ومن اكل في رمضان ناسيا وظن ان ذلك
يفطره فاكل بعد ذلك متعمدا فعليه القضاء دون الكفارة لان الاشتباه استند الى القياس
فيتحقق الشبهة وان بلغه الحديث وعلمه فكذلك في رواية عن ابي حنيفة وعنهما انها تجب كذا
عنهما لانه لا اشتباه فلا شبهة ووجه الاول قيام الشبهة الحكمية بالنظر الى القياس ولا ينتفي
بالعلم كوطي الاب جارية ابنه قال ولو احتجم وظن ان ذلك يفطره ثم اكل متعمدا فعليه القضاء
والكفارة لان الظن ما استند الى دليل شرعي الا اذا افتاه فقيه بالفساد لان الفتوى
دليل شرعي في حقه ولو بلغه الحديث واعتمده فكذلك عند محمد لان قول النبي عليه السلام
لا ينزل عن قول المفتي وعن ابي يوسف خلاف ذلك لان على العامي الاقتداء بالفقهاء
لعدم الاهتداء في حقه الى معرفة الاحاديث وان عرف تأويله تجب الكفارة لانتفاء الشبهة
وقول الاوزاعي لا يورث الشبهة لمخالفته القياس ولو اكل بعدما اغتاب متعمدا فعليه
القضاء والكفارة كيفما كان لان الفطر يخالف القياس والحديث مؤول بالاجماع قال
واذا جومعت النائمة او المجنونة وهي صائمة عليها القضاء دون الكفارة وقال زفر
والشافعي لا قضاء عليهما اعتبارا بالناسي والعذر هنا ابلغ لعدم القصد ولنا ان النسيان
يغلب وجوده وهذا نادر ولا تجب الكفارة لانعدام الجناية فصل فيما
يوجبه على نفسه واذا قال لله علي صوم يوم النحر افطر وقضى فهذا النذر

ويصح عندنا خلافا لزفر والشافعي هما يقولان انه نذر بما هو معصية لورود النهي عن صوم هذه
الايام ولنا انه نذر بصوم مشروع والنهي لغيره وهو ترك اجابة دعوة الله تعالى
فيصح نذره لكنه يفطر احترازا عن المعصية المجاورة ثم يقضي اسقاطا للواجب وان صام
فيه يخرج عن العهدة لانه اداه كما التزمه وان نوى يمينا فعليه كفارة يمين يعني اذا
افطر وهذه المسئلة على ستة اوجه ان لم ينو شيئا او نوى النذر لا غير او نوى النذر ونوى
ان لا يكون يمينا يكون نذرا لانه نذر بصيغته كيف وقد قرره بعزيمته وان نوى اليمين
ونوى ان لا يكون نذرا يكون يمينا لان اليمين محتمل كلامه وقد عينه ونفى غيره وان
نواهما يكون نذرا ويمينا عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يكون نذرا ولو نوى اليمين
فكذلك عندهما وعنده يكون يمينا لابي يوسف ان النذر فيه حقيقة واليمين مجاز حتى لا يتوقف
الاول على النية ويتوقف الثاني فلا ينتظمهما ثم المجاز يتعين بنيته وعند نيتهما يترجح
الحقيقة ولهما انه لا تنافي بين الجهتين لانهما يقتضيان الوجوب الا ان النذر يقتضيه
لعينه واليمين لغيره فجمعنا بينهما عملا بالدليلين كما جمعنا بين جهتي التبرع والمعاوضة
في الهبة بشرط العوض قال ولو قال لله علي صوم هذه السنة افطر يوم الفطر ويوم النحر
وايام التشريق وقضاها لان النذر بالسنة المعينة نذر بهذه الايام وكذا اذا لم يعين
لكنه شرط التتابع لان المتابعة لا تعرى عنها لكن يقضيها في هذا الفصل موصولة
تحقيقا للتتابع بقدر الامكان ويأتي في هذا خلاف زفر والشافعي للنهي عن الصوم
فيها وهو قوله عليه السلام الا لا تصوموا في هذه الايام فانها ايام اكل وشرب و
بعال وقد بينا الوجه فيه والعذر عنه ولو لم يشترط التتابع لم يجزه صوم هذه الايام
لان الاصل فيما التزمه الكمال والمؤدى ناقص لمكان النهي بخلاف ما اذا عينها
لانه التزمه بوصف النقصان فيكون الاداء بالوصف الملتزم وعليه كفارة يمين
ان اراد يمينا وقد سبقت وجوهه قال ومن اصبح يوم النحر صائما ثم افطر لا شيء عليه
وعن ابي يوسف ومحمد في النوادر ان عليه القضاء لان الشروع ملزم كالنذر
وصار كالشروع في الصلوة في الوقت المكروه والفرق لابي حنيفة وهو ظاهر الرواية
ان بنفس الشروع في الصوم يسمى صائما حتى يحنث به الحالف على الصوم فيصير مرتكبا
للنهي فيجب ابطاله فلا تجب صيانته ووجوب القضاء يبتنى عليه ولا يصير مرتكبا
للنهي بنفس النذر وهو الموجب ولا بنفس الشروع في الصلوة حتى يتم ركعة ولهذا
لا يحنث به الحالف على الصلوة فتجب صيانته المؤدى فيكون مضمونا بالقضاء وعن

ابي حنيفة انه لا يجب القضاء في الصلوة ايضا والاظهر هو الاول

باب الاعتكاف

الاعتكاف مستحب والصحيح انه سنة مؤكدة لان النبي عليه السلام واظب عليه
في العشر الاواخر من رمضان والمواظبة دليل السنة وهو اللبث في المسجد مع الصوم
ونية الاعتكاف اما اللبث فركنه لانه ينبئ عنه فكان وجوده به والصوم من شرطه
عندنا خلافا للشافعي والنية شرط في سائر العبادات هو يقول ان الصوم عبادة هو اصل
بنفسه فلا يكون شرطا لغيره ولنا قوله عليه السلام لا اعتكاف الا بالصوم والقياس في
مقابلة النص المنقول غير مقبول ثم الصوم شرط لصحة الواجب منه رواية واحدة ولصحة
التطوع فيما روى الحسن عن ابي حنيفة لظاهر ما روينا وعلى هذه الرواية لا يكون اقل من يوم
وفي رواية الاصل وهو قول محمد اقله ساعة فيكون من غير صوم لان مبنى النفل على المساهلة
الا يرى انه يقعد في صلوة النفل مع القدرة على القيام ولو شرع فيه ثم قطعه لا يلزمه القضاء
في رواية الاصل لانه غير مقدر فلم يكن القطع ابطالا وفي رواية الحسن يلزمه لانه مقدر
باليوم كالصوم ثم الاعتكاف لا يصح الا في مسجد الجماعة لقول حذيفة رضي الله عنه لا اعتكاف الا في
مسجد جماعة وعن ابي حنيفة انه لا يصح الا في مسجد يصلى فيه الصلوات الخمس لانه عبادة انتظار
الصلوة فيختص بمكان تؤدى فيه اما المراة فتعتكف في مسجد بيتها لانه هو موضع صلوتها
فيتحقق انتظارها فيه قال ولا يخرج من المسجد الا لحاجة الانسان او الجمعة اما الحاجة
فلحديث عائشة رضي الله عنها كان النبي عليه السلام لا يخرج من معتكفه الا لحاجة الانسان ولانه
معلوم وقوعها فلا بد من الخروج في تقضيتها فيصير الخروج لها مستثنى ولا يمكث
بعد فراغه من الطهور لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها واما الجمعة فلانها من اهم
حوائجه وهي معلوم وقوعها وقال الشافعي الخروج اليها مفسد لانه يمكنه الاعتكاف في الجامع
ونحن نقول الاعتكاف في كل مسجد مشروع واذا صح الشروع فالضرورة مطلقة في
الخروج ويخرج حين تزول الشمس لان الخطاب يتوجه بعده وان كان منزله بعيدا عنه
يخرج في وقت يمكنه ادراكها ويصلي قبلها اربعا وفي رواية ستا الاربع سنة والركعتان
تحية المسجد وبعدها اربعا او ستا على حسب الاختلاف في سنة الجمعة وسننها توابع لها
فالحقت بها ولو اقام في المسجد الجامع اكثر من ذلك لا يفسد اعتكافه لانه موضع اعتكاف
الا انه لا يستحب لانه التزم اداءه في مسجد واحد فلا يتمه في مسجدين من غير ضرورة
قال ولو خرج من المسجد ساعة من غير عذر فسد اعتكافه عند ابي حنيفة لوجود المنافي
وهو القياس وقالا لا يفسد حتى يكون اكثر من نصف يوم وهو الاستحسان لان في القليل

ضرورة قال وأما الأكل والشرب فيكون في معتكفه لأن النبي عليه الصلاة والسلام لم يكن له والنوم م
مأوى إلا المسجد ولأنه يمكن قضاء هذه الحاجة في المسجد فلا ضرورة إلى الخروج قال
ولا بأس بأن يبيع ويبتاع في المسجد من غير أن يحضر السلعة لأنه قد يحتاج إلى ذلك
بأن لا يجد من يقوم بحاجته إلا أنهم قالوا يكره إحضار السلعة للبيع والشراء
لأن المسجد محرز عن حقوق العباد وفيه شغله بها ويكره لغير المعتكف البيع والشراء قال الطيبي محرز أي خالص
فيه لقوله عليه السلام جنبوا مساجدكم صبيانكم إلى أن قال وبيعكم وشراءكم قال
ولا يتكلم إلا بخير ويكره له الصمت لأن صوم الصمت ليس بقربة في شريعتنا لكن يتحامى كنة
ما يكون مأثما ويحرم على المعتكف الوطء لقوله تعالى ولا تباشروهن وأنتم عاكفون
في المساجد وكذا اللمس والقبلة لأنه من دواعيه فيحرم عليه إذ هو محظوره كما في الإحرام بخلاف
الصوم لأن الكف ركنه لا محظوره فلم يتعد إلى دواعيه فإن جامع ليلا أو نهارا
عامدا أو ناسيا بطل اعتكافه لأن الليل محل الاعتكاف بخلاف الصوم وحالة العاكفين
مذكرة فلا يعذر بالنسيان ولو جامع فيما دون الفرج فأنزل أو قبل أو لمس فأنزل
بطل اعتكافه لأنه في معنى الجماع حتى يفسد به الصوم ولو لم ينزل لا يفسد وإن كان
محرما لأنه ليس في معنى الجماع وهو المفسد ولهذا لا يفسد به الصوم قال ومن أوجب
على نفسه اعتكاف أيام لزمه اعتكافها بلياليها لأن ذكر الأيام على سبيل الجمع يتناول
ما بإزائها من الليالي يقال ما رأيتك منذ أيام والمراد بلياليها وكانت متتابعة وإن لم
يشترط التتابع لأن مبنى الاعتكاف على التتابع لأن الأوقات كلها قابلة له بخلاف الصوم
لأن مبناه على التفرق لأن الليالي غير قابلة للصوم فيجب على التفرق حتى ينص على التتابع
وإن نوى الأيام خاصة صحت نيته لأنه نوى الحقيقة قال ومن أوجب اعتكاف يومين يلزمه
بليلتيهما وقال أبو يوسف لا تدخل الليلة الأولى لأن المثنى غير الجمع وفي المتوسط ضرورة
الاتصال وجه الظاهر أن في المثنى معنى الجمع فيلحق به احتياطا لأمر العبادة والله أعلم

كتاب الحج

الحج واجب على الأحرار العقلاء البالغين الأصحاء إذا
قدروا على الزاد والراحلة فاضلا عن المسكن وما لا بد منه وعن نفقة عياله إلى حين عوده
وكان الطريق آمنا وصف الوجوب وهو فريضة محكمة ثبتت فرضيته بالكتاب وهو إذا كان ع
قوله تعالى ولله على الناس حج البيت الآية ولا يجب في العمر إلا مرة واحدة لأنه عليه السلام
قيل له الحج في كل عام أم مرة واحدة فقال لا بل مرة فما زاد فهو تطوع ولأن سببه البيت وأنه أم م
لا يتعدد فلا يتكرر الوجوب ثم هو واجب على الفور عند أبي يوسف وعن أبي حنيفة ما يدل

عليه

عليه وعند محمد والشافعي على التراخي لأنه وظيفة العمر فكان العمر فيه كالوقت في الصلاة ووجه الأول
أنه يختص بوقت خاص والموت في سنة واحدة غير نادر فيتضيق احتياطا ولهذا
كان التعجيل أفضل بخلاف وقت الصلاة لأن الموت في مثله نادر وإنما شرط الحرية والبلوغ
لقوله عليه السلام أيما عبد حج عشر حجج ثم أعتق فعليه حجة الإسلام وأيما صبي حج عشر حجج
ثم بلغ فعليه حجة الإسلام ولأنه عبادة والعبادات بأسرها موضوعة عن الصبيان والعقل
شرط لصحة التكليف وكذا صحة الجوارح لأن العاجز دونه لازم والأعمى إذا وجد
من يكفيه مؤنة سفره ووجد زادا وراحلة لا يجب عليه الحج عند أبي حنيفة خلافا لهما
وقد مر في كتاب الصلاة وأما المقعد فعن أبي حنيفة أنه يجب لأنه مستطيع بغيره فأشبه
المستطيع بالراحلة وعن محمد أنه لا يجب لأنه غير قادر على الأداء بنفسه بخلاف الأعمى لأنه
لو هُدي يؤدي بنفسه فأشبه الضال عن الطريق ولا بد من القدرة على الزاد والراحلة
أي الزاملة بعير وهو قدر ما يكتري به شق محمل أو رأس زاملة وقدر النفقة ذاهبا وجائيا لأنه عليه السلام
سئل عن السبيل إليه فقال الزاد والراحلة وإن أمكنه أن يكتري عقبة فلا شيء عليه لأنهما
إذا كانا يتعاقبان لم توجد الراحلة في جميع السفر قال ويشترط أن يكون فاضلا
عن المسكن وعما لا بد منه كالخادم وأثاث البيت وثيابه لأن هذه الأشياء مشغولة بالحاجة
الأصلية قال ويشترط أن يكون فاضلا عن نفقة عياله إلى حين عوده لأن النفقة حق مستحق
ومن حولهم م جلة للمرأة وحق العبد مقدم على حق الشرع بأمره وليس من شرط الوجوب على أهل مكة الراحلة
لأنه لا يلحقهم مشقة زائدة في الأداء فأشبه السعي إلى الجمعة قال ولا بد من أمن الطريق
لأن الاستطاعة لا تثبت دونه ثم قيل هو شرط الوجوب حتى لا يجب عليه الإيصاء وهو
مروي عن أبي حنيفة وقيل هو شرط الأداء دون الوجوب لأنه عليه السلام فسر الاستطاعة
بالزاد والراحلة لا غير قال ويعتبر في المرأة أن يكون لها محرم تحج به أو زوج ولا
يجوز لها أن تحج بغيرهما إذا كان بينها وبين مكة ثلاثة أيام وقال الشافعي يجوز لها الحج
إذا خرجت في رفقة ومعها نساء ثقات لحصول الأمن بالمرافقة ولنا قوله عليه السلام
لا تحجن امرأة إلا ومعها محرم ولأنها بدون المحرم يخاف عليها الفتنة وتزداد
بانضمام غيرها إليها ولهذا تحرم الخلوة بالأجنبية وإن كان معها غيرها بخلاف ما إذا
المحرم م كان بينها وبين مكة أقل من ثلاثة أيام لأنه يباح لها الخروج إلى ما دون السفر بغير محرم وإذا
وجدت محرما لم يكن للزوج منعها وقال الشافعي له أن يمنعها لأن في الخروج تفويت
حقه ولنا أن حق الزوج لا يظهر في حق الفرائض والحج منها حتى لو كان الحج نفلا له

ان ينفقها ولو كان المحرم فاسقا قالوا لا يجب عليها لان المقصود لا يحصل به ولها ان تخرج
مع كل محرم الا ان يكون مجوسيا لانه يعتقد اباحة مناكحتها ولا عبرة بالصبي والمجنون لانه
لا يتأتى منهما الصيانة والصبية التي بلغت حد الشهوة بمنزلة البالغة حتى لا يسافر بها من
غير محرم ونفقة المحرم عليها لانها تتوسل به الى الحج واختلفوا ان المحرم شرط الوجوب
او شرط الاداء على حسب اختلافهم في امن الطريق واذا بلغ الصبي بعدما احرم او عتق
العبد فمضيا لم يجزهما عن حجة الاسلام لان احرامهما انعقد لاداء النفل فلا ينقلب
لاداء الفرض ولو جدد الصبي الاحرام قبل الوقوف ونوى حجة الاسلام جاز والعبد
لو فعل ذلك لم يجز لان احرام الصبي غير لازم لعدم الاهلية اما احرام العبد لازم فلا
يمكنه الخروج عنه بالشروع في غيره **فصل** والمواقيت التي لا يجوز ان يجاوزها
الانسان الا محرما خمسة لاهل المدينة ذو الحليفة ولاهل العراق ذات عرق و
لاهل الشام جحفة ولاهل نجد قرن ولاهل اليمن يلملم هكذا وقتها النبي عليه السلام
هذه المواقيت لهؤلاء وفائدة التأقيت المنع عن تأخير الاحرام عنها لانه يجوز التقديم عليها
بالاتفاق ثم الآفاقي اذا انتهى اليها على قصد دخول مكة عليه ان يحرم قصد الحج او العمرة او
لم يقصد عندنا لقوله عليه السلام لا يجاوز احد الميقات الا محرما ولان وجوب الاحرام لتعظيم
هذه البقعة الشريفة فيستوي فيه التاجر والمعتمر وغيرهما قال ومن كان داخل الميقات
له ان يدخل مكة بغير احرام لحاجته لانه يكثر دخوله مكة وفي ايجاب الاحرام في كل مرة حرج
بين فصار كاهل مكة حيث يباح لهم الخروج منها ثم دخولها بغير احرام لحاجة فاما اذا
قصد اداء النسك لانه يتحقق احيانا فلا يحرج قال فان قدم الاحرام على هذه المواقيت
جاز لقوله تعالى واتموا الحج والعمرة لله واتمامهما ان يحرم بهما من دويرة اهله
هكذا قاله علي وابن مسعود رضي الله تعالى عنهما والافضل التقديم عليها لان اتمام الحج
والمشقة فيه اكثر والتعظيم اوفر وعن ابي حنيفة انما يكون افضل اذا كان يملك نفسه ان
لا يقع في محظور ومن كان داخل الميقات فوقته الحل معناه الحل الذي بين المواقيت
وبين الحرم لانه يجوز احرامه من دويرة اهله وما وراء الميقات الى الحرم مكان واحد
ومن كان بمكة فوقته في الحج الحرم وفي العمرة الحل لان النبي عليه السلام امر اصحابه ان يحرموا
بالحج من جوف مكة وامر اخا عائشة رضي الله عنهما ان يعمرها من التنعيم وهو في الحل
ولان اداء الحج في عرفة وهي في الحل فيكون الاحرام من الحرم ليتحقق نوع سفر واداء
العمرة في الحرم فيكون الاحرام من الحل لهذا الا ان التنعيم افضل لورود الاثر به باب

باب الاحرام واذا اراد الاحرام اغتسل او توضأ والغسل افضل لما روي انه عليه السلام
اغتسل وتوضأ والغسل افضل لما روي انه عليه السلام لاحرامه ولانه للتنظيف حتى تؤمر به
الحائض وان لم يقع فرضا عنها فيقوم الوضوء مقامه كما في الجمعة لكن الغسل افضل
لان معنى النظافة فيه اتم ولانه عليه السلام اختاره قال ويلبس ثوبين جديدين او غسيلين
ازارا ورداء لان النبي عليه السلام اتزر وارتدى عند احرامه ولانه ممنوع عن لبس المخيط
ولا بد من ستر العورة ودفع الحر والبرد وذلك فيما عيناه والجديد افضل لانه اقرب
الى الطهارة قال ومس طيبا ان كان له وعن محمد انه يكره اذا تطيب بما يبقى عينه بعد
الاحرام وهو قول مالك والشافعي لانه منتفع بالطيب بعد الاحرام ووجه المشهور حديث
عائشة رضي الله عنها انها قالت كنت اطيب النبي عليه السلام لاحرامه قبل ان يحرم و
لان الممنوع عنه التطيب والباقي كالتابع له لاتصاله به بخلاف الثوب لانه مباين عنه قال
وصلى ركعتين لما روى جابر رض ان النبي عليه السلام صلى بذي الحليفة ركعتين عند احرامه
قال وقال اللهم اني اريد الحج فيسره لي وتقبله مني لان اداءها في ازمنة متفرقة واماكن
متباينة فلا يعرى عن المشقة عادة فيسأل التيسير وفي الصلاة لم يذكر مثل هذا الدعاء
لان مدتها يسيرة واداؤها عادة متيسر قال ثم يلبي عقيب صلاته لما روي انه عليه السلام
لبى في دبر صلاته وان لبى بعدما استوت به راحلته جاز ولكن الاول افضل لما روينا
وان كان مفردا بالحج ينوي بتلبيته الحج لانه عبادة والاعمال بالنيات قال والتلبية ان يقول
لبيك اللهم لبيك لبيك لا شريك لك لبيك ان الحمد والنعمة لك والملك لا شريك لك وقوله ان الحمد
بكسر الالف لا بفتحها ليكون ابتداء لا بناء اذ الفتحة صفة الاولى وهو اجابة لدعاء الخليل عليه السلام
على ما هو المعروف في القصة ولا ينبغي ان يخل بشيء من هذه الكلمات لانه هو المنقول باتفاق
الرواة فلا ينقص عنه ولو زاد فيها جاز خلافا للشافعي في رواية الربيع عنه هو يعتبره
بالاذان والتشهد من حيث انه ذكر منظوم ولنا ان اجلاء الصحابة كابن مسعود وابن
عمر وابي هريرة رضي الله عنهم زادوا على المأثور ولان المقصود الثناء واظهار العبودية
فلا يمنع من الزيادة عليه قال فاذا لبى فقد احرم يعني اذا نوى لان العبادة لا تتأدى
الا بالنية الا انه لم يذكرها لتقدم الاشارة اليها في قوله اللهم اني اريد الحج ولا يصير
شارعا في الاحرام بمجرد النية ما لم يأت بالتلبية خلافا للشافعي لانه عقد على الاداء
فلا بد من ذكر كما في تحريمة الصلاة ويصير شارعا بذكر يقصد به التعظيم سوى التلبية
فارسية كانت او عربية هذا هو المشهور عن اصحابنا والفرق بينه وبين الصلاة على اصلهما

ان باب الحج اوسع من باب الصلوة حتى يقام غير الذكر مقام الذكر كتقليد البدن فكذا غير التلبية
وغير العربية قال ويتقي ما نهى الله تعالى عنه من الرفث والفسوق والجدال والاصل فيه
قوله تعالى فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج فهذا نهي بصيغة النفي والرفث الجماع
او الكلام الفاحش وذكر الجماع بحضرة النساء والفسوق المعاصي وهي في حالة
الاحرام اشد حرمة والجدال ان يجادل رفيقه وقيل مجادلة المشركين في تقديم وقت الحج
وتاخيره قال ولا يقتل صيدا لقوله تعالى لا تقتلوا الصيد وانتم حرم قال ولا يشير اليه
ولا يدل عليه لحديث ابي قتادة انه اصاب حمار وحش وهو حلال واصحابه محرمون فقال النبي
عليه السلم لاصحابه هل اشرتم هل اعنتم هل دللتم فقالوا لا فقال اذا فكلوا ولانه ازالة
الامن عن الصيد لانه آمن بتوحشه وبعده عن الاعين قال ولا يلبس قميصا ولا سراويل
ولا عمامة ولا قباء ولا خفين الا ان لا يجد نعلين فيقطعهما اسفل من الكعبين لما
روي انه عليه السلم نهى ان يلبس المحرم هذه الاشياء وقال في آخره ولا خفين الا ان
لا يجد نعلين فليقطعهما اسفل من الكعبين والكعب هنا المفصل الذي في وسط القدم
عند معقد الشراك فيما روى هشام عن محمد ولا يغطي وجهه ولا راسه وقال الشافعي
يجوز للرجل تغطية الوجه لقوله عليه السلم احرام الرجل في راسه واحرام المراة في وجهها
ولنا قوله عليه السلم لا تخمروا وجهه ولا راسه فانه يبعث يوم القيمة ملبيا قاله في محرم
توفي ولان المراة لا تغطي وجهها مع ان في الكشف فتنة فالرجل بطريق الاولى
وفائدة ما روي الفرق في تغطية الراس ولا يمس طيبا لقوله عليه السلم الحاج الشعث
التفل وكذا لا يدهن لما روينا ولا يحلق راسه ولا شعر بدنه لقوله تعالى ولا تحلقوا
رؤسكم قال ولا يقص من لحيته لانه في معنى الحلق ولان فيه ازالة الشعث وقضاء
التفث قال ولا يلبس ثوبا مصبوغا بورس ولا زعفران ولا عصفر لقوله عليه السلم
لا يلبس المحرم ثوبا مسه زعفران ولا ورس قال الا ان يكون غسيلا لا ينفض لان
المنع للطيب لا للون وقال الشافعي لا باس بلبس المعصفر لانه لون لا طيب له
ولنا ان له رائحة طيبة قال ولا باس بان يغتسل ويدخل الحمام لان عمر رضي الله عنه
اغتسل وهو محرم قال ولا باس بان يستظل بالبيت والمحمل وقال مالك يكره ان
يستظل بالفسطاط وما اشبه ذلك لانه يشبه تغطية الراس ولنا ان عثمان رضي الله عنه
كان يضرب له فسطاط في احرامه ولانه لا يمس بدنه فاشبه البيت ولو دخل تحت استار
الكعبة حتى غطته ان كان لا يصيب راسه ولا وجهه فلا باس به لانه استظلال قال

ولا

ولا باس بان يشد في وسطه الهميان وقال مالك يكره اذا كان فيه نفقة غيره لانه لا ضرورة
ولنا انه ليس في معنى لبس المخيط فاستوت فيه الحالتان قال ولا يغسل راسه ولا لحيته
بالخطمي لانه نوع طيب ولانه يقتل هوام الراس قال ويكثر من التلبية عقيب الصلوات
وكلما علا شرفا او هبط واديا او لقي ركبا وبالاسحار لان اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم
كانوا يلبون في هذه الاحوال والتلبية في الاحرام على مثال التكبير في الصلوة فيؤتى بها
عند الانتقال من حال الى حال قال ويرفع صوته بالتلبية لقوله عليه السلم افضل الحج العج
والثج فالثج اراقة الدماء والعج رفع الصوت بالتلبية قال فاذا دخل مكة ابتدا
بالمسجد لما روي ان النبي عليه السلم لما دخل مكة دخل المسجد ولان المقصود زيارة البيت وهو
فيه ولا يضره ليلا دخلها او نهارا لانه دخول بلدة فلا يختص باحدهما قال فاذا
عاين البيت كبر وهلل وكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول اذا لقي البيت بسم الله والله اكبر
ومحمد لم يعين في الاصل لمشاهد الحج شيئا من الدعوات لان التوقيت يذهب بالرقة
وان تبرك بالمنقول منها فحسن قال ثم ابتدا بالحجر الاسود فاستقبله وكبر وهلل لما روي
انه عليه السلم دخل المسجد فابتدا بالحجر فاستقبله وكبر وهلل قال ويرفع يديه
لقوله عليه السلم لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر من جملتها استلام الحجر قال و
وقبله ان استطاع من غير ان يؤذي مسلما لما روي ان النبي عليه السلم قبل الحجر الاسود ووضع
شفتيه عليه وقال لعمر انك رجل ايد تؤذي الضعيف فلا تزاحم الناس على الحجر ولكن
ان وجدت فرجة فاستلمه والا فاستقبله وهلل وكبر ولان الاستلام سنة والتحرز عن
اذى المسلم واجب قال وان امكنه ان يمس الحجر شيئا في يده كالعرجون وغيره ثم قبل ذلك
فعل لما روي انه عليه السلم طاف على راحلته واستلم الاركان بمحجنه قال وان لم يستطع شيئا
من ذلك استقبله وكبر وهلل وحمد الله تعالى وصلى على النبي عليه السلم قال ثم اخذ عن يمينه
مما يلي الباب وقد اضطبع رداءه فيطوف بالبيت سبعة اشواط لما روي انه عليه السلم استلم
الحجر ثم اخذ عن يمينه مما يلي الباب فطاف سبعة اشواط والاضطباع ان يجعل رداءه تحت
ابطه الايمن ويلقيه على كتفه الايسر وهو سنة وقد نقل ذلك عن النبي عليه السلم قال ويجعل
طوافه من وراء الحطيم وهو اسم لموضع فيه الميزاب سمي به لانه حطم من البيت اي كسر
ويسمى حجرا لانه حجر منه اي منع وهو من البيت لقوله عليه السلم في حديث عائشة رضي الله عنها
فان الحطيم من البيت فلهذا يجعل الطواف من ورائه حتى لو دخل الفرجة التي بينه وبين
البيت لا يجوز الا انه اذا استقبل الحطيم وحده لا تجزيه الصلوة لان فرضية التوجه

بنص الكتاب فلا يتأدى بما يثبت بخبر الواحد احتياطا والاحتياط في الطواف ان يكون
وراءه قال ويرمل في الثلث الاول من الاشواط والرمل ان يهز في مشيته الكتفين
كالمبارز يتبختر بين الصفين وذلك مع الاضطباع وكان سببه اظهار الجلد للمشركين
حين قالوا اضناهم حمى يثرب ثم بقي الحكم بعد زوال السبب في زمن النبي عليه السلام
وبعده ويمشي في الباقي على هينته على ذلك اتفق رواة نسك رسول الله صلى الله عليه وسلم
والرمل من الحجر الى الحجر هو المنقول من رمل النبي عليه الصلاة والسلام فان زحمه الناس في الرمل
قام فاذا وجد مسلكا رمل لانه لا بدل له فيقف حتى يقيمه على وجه السنة بخلاف الاستلام
لان الاستقبال بدل له قال ويستلم الحجر كلما مر به ان استطاع لان اشواط الطواف كركعات
الصلوة فكما يفتتح كل ركعة بالتكبير يفتتح كل شوط باستلام الحجر قال وان لم يستطع
الاستلام استقبل وكبر وهلل على ما ذكرنا ويستلم الركن اليماني وهو حسن في ظاهر
الرواية وعن محمد انه سنة ولا يستلم غيرهما فان النبي عليه السلام كان يستلم هذين الركنين ولا يستلم
غيرهما ويختم الطواف بالاستلام يعني استلام الحجر قال ثم يأتي المقام فيصلي عنده ركعتين او
حيث تيسر من المسجد وهي واجبة عندنا وقال الشافعي سنة لانعدام دليل الوجوب ولنا
قوله عليه السلام وليصل الطائف لكل اسبوع ركعتين والامر للوجوب ثم يعود الى الحجر فيستلمه
لما روي ان النبي عليه السلام لما صلى ركعتين عاد الى الحجر والاصل ان كل طواف بعده سعي يعود
الى الحجر لان الطواف لما كان يفتتح بالاستلام فكذا السعي يفتتح به بخلاف ما اذا لم يكن
بعده سعي قال وهذا الطواف طواف القدوم ويسمى طواف التحية وهو سنة وليس بواجب
وقال مالك انه واجب لقوله عليه السلام من اتى البيت فليحيه بالطواف ولنا ان الله تعالى
امر بالطواف والامر المطلق لا يقتضي التكرار وقد تعين طواف الزيارة بالاجماع
وفيما رواه سماه تحية وهو دليل الاستحباب قال وليس على اهل مكة طواف القدوم
لانعدام القدوم في حقهم قال ثم يخرج الى الصفا فيصعد عليه ويستقبل البيت ويكبر و
يهلل ويصلي على النبي عليه السلام ويرفع يديه ويدعو الله لحاجته لما روي ان النبي عليه السلام
صعد الصفا حتى اذا نظر الى البيت قام مستقبل القبلة يدعو الله ولان الثناء والصلاة
يقدمان على الدعاء تقريبا الى الاجابة كما في غيره من الدعوات والرفع سنة الدعاء
وانما يصعد بقدر ما يصير البيت بمرأى منه لان الاستقبال هو المقصود بالصعود
قال ويخرج الى الصفا من اي باب شاء وانما خرج النبي عليه السلام من باب بني مخزوم
وهو الذي يسمى باب الصفا لانه كان اقرب الابواب الى الصفا لا انه سنة قال

ثم

ثم ينحط نحو المروة ويمشي على هينته فاذا بلغ بطن الوادي يسعى بين الميلين الاخضرين
سعيا ثم يمشي على هينته حتى يأتي المروة فيصعد عليها ويفعل كما فعل على الصفا لما روي
انه عليه السلام نزل من الصفا وجعل يمشي نحو المروة وسعى في بطن الوادي حتى اذا خرج
من بطن الوادي مشى حتى صعد المروة وطاف بينهما سبعة اشواط قال وهذا شوط
فيطوف سبعة اشواط يبتدئ بالصفا ويختم بالمروة ويسعى في بطن الوادي في كل شوط
لما روينا وانما يبدأ بالصفا لقوله عليه السلام فيه ابدأوا بما بدأ الله تعالى به ثم السعي بين الصفا
والمروة واجب وليس بركن وقال الشافعي انه ركن لقوله عليه السلام ان الله كتب عليكم
السعي فاسعوا ولنا قوله تعالى فلا جناح عليه ان يطوف بهما ومثله يستعمل للاباحة فينفي
الركنية والايجاب الا انا عدلنا عنه في الايجاب ولان الركنية لا تثبت الا بدليل
مقطوع به ولم يوجد ثم معنى ما روي كتب استحبابا كما في قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر
احدكم الموت الاية قال ثم يقيم بمكة حراما لانه محرم بالحج فلا يتحلل قبل الاتيان
بافعاله قال ويطوف بالبيت كلما بدا له لانه يشبه الصلوة قال النبي عليه السلام الطواف
بالبيت صلوة والصلوة خير موضوع فكذا الطواف الا انه لا يسعى عقيب هذه الاطوفة
في هذه المدة لان السعي لا يجب فيه الا مرة والتنفل بالسعي غير مشروع ويصلي لكل اسبوع
ركعتين وهي ركعتا الطواف على ما بينا قال فاذا كان قبل يوم التروية بيوم خطب
الامام خطبة يعلم الناس فيها الخروج الى منى والصلوة بعرفات والوقوف والافاضة
والحاصل ان في الحج ثلث خطب اولها ما ذكرنا والثانية بعرفات يوم عرفة والثالثة بمنى
في اليوم الحادي عشر فيفصل بين كل خطبتين بيوم وقال زفر يخطب في ثلثة ايام متوالية
اولها يوم التروية لانها ايام الموسم ومجمع الحاج ولنا ان المقصود منها التعليم ويوم التروية
ويوم النحر يوما اشتغال فكان ما ذكرناه انفع وفي القلوب انجع قال فاذا صلى الفجر يوم
التروية بمكة خرج الى منى فيقيم بها حتى يصلي الفجر من يوم عرفة لما روي ان النبي عليه السلام
صلى الفجر يوم التروية بمكة فلما طلعت الشمس راح الى منى فصلى بمنى الظهر والعصر والمغرب
والعشاء والفجر ثم راح الى عرفات قال ولو بات بمكة ليلة عرفة وصلى بها الفجر ثم غدا
الى عرفات ومر بمنى اجزأه لانه لا يتعلق بمنى في هذا اليوم اقامة نسك ولكنه اساء
في تركه الاقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم ثم يتوجه الى عرفات فيقيم بها لما روينا
وهذا بيان الاولوية اما لو دفع قبله جاز لانه لا يتعلق بهذا المقام حكم قال في
الاصل وينزل بها مع الناس لان الانتباذ تجبر والحال حال تضرع والاجابة

اي الانفراد ١٢

في الجمع أرفق ومحمل مراده أن لا ينزل على الطريق كيلا يضيق على المارة قال وإذا زالت الشمس
يصلي الإمام بالناس الظهر والعصر فيبتدئ فيخطب خطبة يعلم الناس فيها الوقوف
بعرفة والمزدلفة ورمي الجمار والنحر والحلق وطواف الزيارة يخطب خطبتين يفصل بينهما
بجلسة كما في الجمعة هكذا فعله النبي عليه السلام وقال مالك يخطب بعد الصلاة لأنها
خطبة وعظ وتذكير فأشبه خطبة العيد ولنا ما رويناه ولأن المقصود منها تعليم المناسك
والجمع منها وفي ظاهر المذهب إذا صعد الإمام المنبر فجلس أذن المؤذنون كما في الجمعة وعن
أبي يوسف أنه يؤذن قبل خروج الإمام وعنه أنه يؤذن بعد الخطبة والصحيح ما ذكرنا
لأن النبي عليه السلام لما خرج واستوى على ناقته أذن المؤذنون بين يديه ويقيم المؤذن بعد
الفراغ من الخطبة لأنه أوان الشروع في الصلاة فأشبه الجمعة قال ويصلي بهم الظهر والعصر
في وقت الظهر بأذان وإقامتين وقد ورد النقل المستفيض باتفاق الرواة بالجمع
بين الصلاتين وفيما روى جابر رضي الله عنه أن النبي عليه السلام صلاهما بأذان وإقامتين
ثم بيانه أنه يؤذن للظهر ويقيم للظهر ثم يقيم للعصر لأن العصر يؤدى قبل وقته المعهود
فيفرد بالإقامة إعلاما للناس قال ولا يتطوع بين الصلاتين تحصيلا لمقصود الوقوف
ولهذا قدم العصر على وقته فلو أنه فعل فعل مكروها وأعاد الأذان للعصر في ظاهر الرواية
خلافا لما روي عن محمد لأن الاشتغال بالتطوع أو بعمل آخر يقطع فور الأذان الأول فيعيده
للعصر قال فإن صلى بغير خطبة أجزأه لأن هذه الخطبة ليست بفريضة قال ومن صلى الظهر
في رحله وحده صلى العصر في وقته عند أبي حنيفة وقالا يجمع بينهما المنفرد لأن جواز
الجمع للحاجة إلى امتداد الوقوف والمنفرد محتاج إليه ولأبي حنيفة أن الحفظ على الوقت
فرض بالنصوص فلا يجوز تركه إلا فيما ورد الشرع به وهو الجمع بالجماعة مع الإمام
والتقديم لصيانة الجماعة لأنه يعسر عليهم الاجتماع للعصر بعدما تفرقوا في الموقف
لا لما ذكراه إذ لا منافاة ثم عند أبي حنيفة الإمام شرط في الصلاتين جميعا وقال
زفر في العصر خاصة لأنه هو المغير عن وقته وعلى هذا الخلاف الإحرام بالحج ولأبي حنيفة
أن التقديم على خلاف القياس عرف شرعه فيما إذا كانت العصر مرتبة على ظهر مؤدى
بالجماعة مع الإمام في حالة الإحرام بالحج فيقتصر عليه ثم لا بد من الإحرام بالحج قبل
الزوال في رواية تقديما للإحرام على وقت الجمع وفي أخرى يكتفي بالتقديم على الصلاة
لأن المقصود هو الصلاة قال ثم يتوجه إلى الموقف فيقف بقرب الجبل والقوم معه
عقيب انصرافهم من الصلاة لأن النبي عليه السلام راح إلى الموقف عقيب الصلاة والجبل يسمى

جبل

جبل الرحمة والموقف الموقف الأعظم قال وعرفات كلها موقف إلا بطن عرنة لقوله عليه السلام
عرفات كلها موقف وارتفعوا عن بطن عرنة والمزدلفة كلها موقف وارتفعوا عن وادي
محسر قال وينبغي للإمام أن يقف بعرفة على راحلته لأن النبي عليه السلام وقف على ناقته
وإن وقف على قدميه جاز والأول أفضل لما بينا وينبغي للإمام أن يقف مستقبل القبلة
لأن النبي عليه السلام وقف كذلك وقال عليه السلام خير المواقف ما استقبلت به القبلة ويدعو
ويعلم الناس المناسك لأن النبي عليه السلام كان يدعو يوم عرفة مادا يديه كالمستطعم المسكين
ويدعو بما شاء وإن ورد الآثار ببعض الأدعية وقد أوردنا تفصيلها في كتابنا
المترجم بعدة الناسك في عدة من المناسك بتوفيق الله تعالى وينبغي للناس أن يقفوا بقرب
الإمام لأنه يدعو ويعلم فيعوا ويسمعوا وينبغي أن يقف وراء الإمام ليكون مستقبل القبلة
وهذا بيان الأفضلية لأن عرفة كلها موقف على ما ذكرنا قال ويستحب أن يغتسل قبل الوقوف
بعرفة ويجتهد في الدعاء أما الاغتسال فهو سنة وليس بواجب ولو اكتفى بالوضوء جاز
كما في الجمعة والعيدين وعند الإحرام وأما الاجتهاد في الدعاء فلأنه عليه السلام اجتهد
في الدعاء في هذا الموقف لأمته فاستجيب له إلا في الدماء والمظالم قال ويلبي في موقفه
ساعة بعد ساعة وقال مالك يقطع التلبية كما يقف بعرفة لأن الإجابة باللسان قبل
الاشتغال بالأركان ولنا ما روي أن النبي عليه السلام ما زال يلبي حتى أتى جمرة العقبة ولأن
التلبية فيه كالتكبير في الصلاة فيأتي بها إلى آخر جزء من الإحرام قال فإذا غربت الشمس
أفاض الإمام والناس معه على هينتهم حتى يأتوا المزدلفة لأن النبي عليه السلام دفع بعد غروب
الشمس ولأن فيه إظهار مخالفة المشركين وكان النبي عليه السلام يمشي في الطريق على راحلته
على هينته فإن خاف الزحام فدفع قبل الإمام ولم يجاوز حدود عرفة أجزأه لأنه لم يفض
من عرفة والأفضل أن يقف في مقامه كيلا يكون آخذا في الأداء قبل وقتها ولو مكث
قليلا بعد غروب الشمس وإفاضة الإمام لخوف الزحام فلا بأس به لما روي أن عائشة رضي الله عنها
بعد إفاضة الإمام دعت بشراب فأفطرت ثم أفاضت قال فإذا أتى مزدلفة فالمستحب
أن يقف بقرب الجبل الذي عليه الميقدة يقال له قزح لأن النبي عليه السلام وقف عند
هذا الجبل وكذا عمر رضي الله عنه ويتحرز في النزول عن الطريق كيلا يضر بالمارة فينزل
عن يمينه أو يساره ويستحب أن يقف وراء الإمام لما بينا في الوقوف بعرفة قال ويصلي
الإمام بالناس المغرب والعشاء بأذان وإقامة واحدة وقال زفر بأذان وإقامتين
اعتبارا بالجمع بعرفة ولنا رواية جابر رضي الله عنه أن النبي عليه السلام جمع بينهما بأذان وإقامة واحدة

ولان العشاء في وقته فلا يفرد بالاقامة اعلاما بخلاف العصر بعرفة لانه مقدم على وقته
فافرد بها لزيادة الاعلام قال ولا يتطوع بينهما لانه يخل بالجمع ولو تطوع او تشاغل بشيء
اعاد الاقامة لوقوع الفصل وكان ينبغي ان يعيد الاذان كما في الجمع بعرفة الا انا اكتفينا
باعادة الاقامة لما روي ان النبي عليه السلام صلى المغرب بالمزدلفة ثم تعشى ثم افرد الاقامة
للعشاء ولا يشترط الجماعة لهذا الجمع عند ابي حنيفة لان المغرب مؤخرة عن وقتها بخلاف
الجمع بعرفة لان العصر مقدم على وقته قال ومن صلى المغرب في الطريق لم يجز عند ابي حنيفة
ومحمد وعليه اعادتها ما لم يطلع الفجر وقال ابو يوسف يجزيه وقد اساء وعلى هذا الخلاف
اذا صلى بعرفات لابي يوسف انه اداها في وقتها فلا يجب اعادتها كما بعد طلوع الفجر الا ان
التاخير من السنة فيصير مسيئا بتركه ولهما ما روي ان النبي عليه السلام قال لاسامة رضي الله عنه
في طريق المزدلفة الصلاة امامك معناه وقت الصلاة وهذا اشارة الى ان التاخير واجب
وانما وجب ليمكنه الجمع بين الصلاتين بالمزدلفة فكان عليه الاعادة ما لم يطلع الفجر ليصير جامعا بينهما
واذا طلع الفجر لا يمكنه الجمع فسقطت الاعادة قال واذا طلع الفجر يصلي الامام بالناس الفجر بغلس
لرواية ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي عليه السلام صلاها يومئذ بغلس ولان في التغليس دفع
حاجة الوقوف فيجوز كتقديم العصر بعرفة ثم وقف ووقف الناس معه فدعا لان النبي عليه السلام
وقف في هذا الموضع يدعو حتى روي في حديث ابن عباس رضي الله عنهما فاستجيب دعاؤه
لامته حتى الدماء والمظالم ثم هذا الوقوف واجب عندنا وليس بركن حتى لو تركه من غير
عذر يلزمه الدم وقال الشافعي انه ركن لقوله تعالى فاذكروا الله عند المشعر الحرام ومثله
يثبت الركنية ولنا ما روي ان النبي عليه السلام قدم ضعفة اهله بالليل ولو كان ركنا لما فعل
ذلك والمذكور فيما تلا الذكر وهو ليس بركن بالاجماع وانما عرفنا الوجوب بقوله عليه السلام
من وقف معنا هذا الموقف وقد كان افاض قبل ذلك من عرفات فقد تم حجه علق به
تمام الحج وهذا يصلح امارة الوجوب غير انه اذا تركه بعذر بان يكون به ضعف او علة
او كانت امراة تخاف الزحام لا شيء عليه لما روينا قال والمزدلفة كلها موقف الا
وادي محسر لما روينا من قبل قال فاذا طلعت الشمس افاض الامام والناس معه حتى ياتوا
منى قال رضي الله عنه هكذا وقع في نسخ المختصر وهذا غلط والصحيح اذا اسفر افاض الامام
والناس معه لان النبي عليه السلام دفع قبل طلوع الشمس قال فيبتدي بجمرة العقبة فيرميها من
بطن الوادي بسبع حصيات مثل حصى الخذف لان النبي عليه السلام لما اتى منى لم يعرج
على شيء حتى رمى جمرة العقبة وقال عليه السلام عليكم بحصى الخذف لا يؤذي بعضكم بعضا

ولو

ولو رمى باكبر منه جاز لحصول الرمي غير انه لا يرمي بالكبار من الاحجار كيلا يتاذى به غيره
قال ولو رماها من فوق العقبة اجزاه لان ما حولها موضع النسك والافضل ان يكون
من بطن الوادي لما روينا ويكبر مع كل حصاة كذا روى ابن مسعود وابن عمر رضي الله عنهم
قال ولو سبح مكان التكبير اجزاه لحصول الذكر وهو من اداب الرمي ولا يقف عندها لان
النبي عليه السلام لم يقف عندها قال ويقطع التلبية مع اول حصاة لما روينا عن ابن مسعود
وروى جابر ان النبي عليه السلام قطع التلبية عند اول حصاة رمى بها جمرة العقبة ثم كيفية
الرمي ان يضع الحصاة على ظهر ابهامه اليمنى ويستعين بالمسبحة ومقدار الرمي ان يكون
بين الرامي وبين موضع السقوط خمسة اذرع كذا روى الحسن عن ابي حنيفة لان ما دون ذلك
يكون طرحا ولو طرحها طرحا اجزاه لانه رمى الى قدميه الا انه مسيء لمخالفته السنة
قال ولو وضعها وضعا لم يجزه لانه ليس برمي قال ولو رماها فوقعت قريبا من الجمرة
يكفيه لان هذا القدر مما لا يمكن الاحتراز عنه ولو وقعت بعيدا منها لم يجزه لانه لم يعرف
قربة الا في مكان مخصوص قال ولو رمى بسبع حصيات جملة فهذه واحدة لان المنصوص
عليه تفرق الافعال قال ويأخذ الحصى من اي موضع شاء الا من عند الجمرة فان ذلك يكره
لان ما عندها من الحصى مردود هكذا جاء في الاثر فيتشاءم به ومع هذا لو فعل اجزاه
لوجود فعل الرمي قال ويجوز الرمي بكل ما كان من اجزاء الارض عندنا خلافا
للشافعي لان المقصود فعل الرمي وذلك يحصل بالطين كما يحصل بالحجر بخلاف ما اذا رمى
بالذهب والفضة لانه يسمى نثارا لا رميا قال ثم يذبح ان احب ثم يحلق او يقصر لما روي
عن النبي عليه السلام انه قال ان اول نسكنا هذا ان نرمي ثم نذبح ثم نحلق ولان الحلق
من اسباب التحلل وكذا الذبح حتى يتحلل به المحصر فيقدم الرمي عليهما ثم الحلق من محظورات
الاحرام فيقدم عليه الذبح وانما علق الذبح بالمحبة لان الدم الذي ياتي به المفرد تطوع
والكلام في المفرد قال والحلق افضل لقوله عليه السلام رحم الله المحلقين الحديث ظاهر
بالترحم عليهم ولان الحلق اكمل في قضاء التفث وهو المقصود وفي التقصير بعض
التقصير فاشبه الاغتسال مع الوضوء قال ويكفي في الحلق ربع الراس اعتبارا بالمسح
وحلق الكل اولى اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم والتقصير ان ياخذ من رؤوس
شعره مقدار الانملة قال وقد حل له كل شيء الا النساء وقال مالك الا الطيب ايضا لانه
من دواعي الجماع ولنا قوله عليه السلام فيه حل له كل شيء الا النساء وهو مقدم على القياس
قال ولا يحل له الجماع فيما دون الفرج عندنا خلافا للشافعي لانه قضاء الشهوة بالنساء

فيؤخر الى تمام الاحلال ثم الرمي ليس من اسباب التحلل عندنا خلافا للشافعي هو يقول انه
يتوقت بيوم النحر كالحلق فيكون بمنزلته في التحليل ولنا انه لو كان محللا لكان جناية
في غير اوانه كالحلق والرمي ليس بجناية في غير اوانه بخلاف الطواف لان التحلل بالحلق
السابق لا به قال ثم يأتي مكة من يومه ذلك او من الغد او من بعد الغد فيطوف بالبيت طواف
الزيارة سبعة اشواط لما روي انه عليه السلام لما حلق افاض الى مكة وطاف بالبيت ثم عاد
الى منى وصلى الظهر بمنى ووقته ايام النحر لان الله تعالى عطف الطواف على الذبح قال
الله تعالى فكلوا منها ثم قال وليطوفوا بالبيت العتيق فكان وقتهما واحدا واول وقته
بعد طلوع الفجر من يوم النحر لان ما قبله من الليل وقت الوقوف بعرفة والطواف مرتب عليه
وافضل هذه الايام اولها كما في التضحية وفي الحديث افضلها اولها فان كان سعى بين
الصفا والمروة عقيب طواف القدوم لم يرمل في هذا الطواف ولا سعي عليه وان كان
لم يقدم السعي رمل في هذا الطواف وسعى بعده لان السعي لم يشرع الا مرة والرمل ما شرع
الا مرة في طواف بعده سعي قال ويصلي ركعتين بعد هذا الطواف لان ختم كل طواف بركعتين
فرضا كان الطواف او نفلا لما بينا وقد حل له النساء ولكن بالحلق السابق اذ هو المحلل
لا بالطواف الا انه اخر عمله في حق النساء وهذا الطواف هو المفروض في الحج وهو ركن فيه
اذ هو المأمور به في قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق ويسمى طواف الافاضة وطواف يوم
النحر قال ويكره تاخيره عن هذه الايام لما بينا انه موقت بها فان اخره عنها لزمه
دم عند ابي حنيفة وسنبينه في باب الجنايات ان شاء الله تعالى ثم يعود الى منى فيقيم بها
لان النبي عليه السلام رجع اليها كما روينا ولانه بقي عليه الرمي وموضعه بمنى فاذا زالت
الشمس من اليوم الثاني من ايام النحر رمى الجمار الثلاث فيبدأ بالتي تلي مسجد الخيف فيرميها
بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة ويقف عندها ثم يرمي التي تليها مثل ذلك ويقف عندها
ثم يرمي جمرة العقبة كذلك ولا يقف عندها هكذا روى جابر رضي الله عنه فيما نقل من نسك
النبي عليه السلام مفسرا ويقف عند الجمرتين في المقام الذي يقف فيه الناس ويحمد الله
ويثني عليه ويهلل ويكبر ويصلي على النبي عليه السلام ويدعو بحاجته ويرفع يديه لقوله عليه السلام
لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر من جملتها عند الجمرتين والمراد رفع الايدي
بالدعاء قال وينبغي ان يستغفر للمؤمنين في دعائه في هذه المواقف لان النبي عليه السلام
قال اللهم اغفر للحاج ولمن استغفر له الحاج ثم الاصل ان كل رمي بعده رمي يقف بعده
لانه في وسط العبادة فياتي بالدعاء فيه وكل رمي ليس بعده رمي لا يقف لان العبادة

التحليل — بتحليله — واجب — ويدعو — رسول الله

قد انتهت ولهذا لا يقف بعد جمرة العقبة في يوم النحر ايضا قال واذا كان من الغد رمى الجمار
الثلاث بعد زوال الشمس كذلك وان اراد ان يتعجل النفر نفر الى مكة وان اراد ان يقيم
رمى الجمار الثلاث يوم الرابع بعد زوال الشمس لقوله تعالى فمن تعجل في يومين فلا اثم عليه
ومن تأخر فلا اثم عليه لمن اتقى والافضل ان يقيم لما روي ان النبي عليه السلام صبر حتى رمى الجمار
الثلاث في اليوم الرابع وله ان ينفر ما لم يطلع الفجر من اليوم الرابع فاذا طلع الفجر من اليوم
الرابع لم يكن له ان ينفر لدخول وقت الرمي وفيه خلاف الشافعي وان قدم الرمي في هذا
اليوم يعني اليوم الرابع قبل الزوال بعد طلوع الفجر جاز عند ابي حنيفة وهذا استحسان
وقالا لا يجوز اعتبارا بسائر الايام وانما التفاوت في رخصة النفر فاذا لم يترخص
التحقت بها ومذهبه مروي عن ابن عباس ولانه لما ظهر اثر التخفيف في هذا اليوم
في حق الترك لان يظهر في جوازه في الاوقات كلها اولى بخلاف اليوم الاول والثاني
حيث لا يجوز الرمي فيهما الا بعد الزوال في المشهور من الرواية لانه لا يجوز تركه
فيهما فبقي على اصل المروي فاما يوم النحر فاول وقت الرمي فيه من وقت طلوع الفجر وقال
الشافعي اوله بعد نصف الليل لما روي ان النبي عليه السلام رخص للرعاء ان يرموا ليلا
ولنا قوله عليه السلام لا ترموا جمرة العقبة الا مصبحين ويروى حتى تطلع الشمس فيثبت اصل
الوقت بالاول والافضلية بالثاني وتأويل ما روى الليلة الثانية والثالثة ولان
ليلة النحر وقت الوقوف والرمي يترتب عليه فيكون وقته بعده ضرورة ثم عند ابي حنيفة
يمتد هذا الوقت الى غروب الشمس لقوله عليه السلام ان اول نسكنا في هذا اليوم الرمي جعل
اليوم وقتا له وذهابه بغروب الشمس وعن ابي يوسف انه يمتد الى وقت الزوال والحجة عليه
ما روينا وان اخر الى الليل رماه ولا شيء عليه لحديث الرعاء قال وان اخر الى الغد رماه
لانه وقت جنس الرمي وعليه دم عند ابي حنيفة لتأخيره عن وقته كما هو مذهبه قال
وان رماها راكبا اجزأه لحصول فعل الرمي وكل رمي بعده رمي فالافضل ان
يرميه ماشيا والا فيرميه راكبا لان الاول بعده وقوف ودعاء على ما ذكرنا فيرمي
ماشيا ليكون اقرب الى التضرع وبيان الافضل مروي عن ابي يوسف ويكره ان لا
يبيت بمنى ليالي الرمي لان النبي عليه السلام بات بها وعمر رضي الله عنه كان يؤدب على ترك المقام
بها ولو بات في غيرها متعمدا لا يلزمه شيء عندنا خلافا للشافعي لانه وجب ليسهل عليه
الرمي في ايامه فلم يكن من افعال الحج فتركه لا يوجب الجابر قال ويكره ان يقدم الرجل
ثقله الى مكة ويقيم حتى يرمي لما روي ان عمر رضي الله عنه كان يمنع منه ويؤدب عليه

النفر الرجوع — حتى — الرعاء جمع راع — غيره منى
الثقل متاع المسافر وحشمه والجمع الاثقال

ولانه يوجب شغل قلبه قال فاذا نفر الى مكة نزل بالمحصب وهو الابطح وهو اسم موضع قد
نزل به رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم وكان نزوله قصدا هو الاصح حتى يكون النزول به
سنة على ما روي انه عليه السلام قال لاصحابه انا نازلون غدا بالخيف خيف بني كنانة
حيث تقاسم المشركون فيه على شركهم يشير الى عهدهم على هجران بني هاشم فعرفنا انه
نزله اراءة للمشركين لطيف صنع الله تعالى به فصار سنة كالرمل في الطواف قال ثم
دخل مكة وطاف بالبيت سبعة اشواط لا يرمل فيها وهذا طواف الصدر ويسمى طواف
الوداع وطواف اخر عهده بالبيت لانه يودع البيت ويصدر به وهو واجب عندنا خلافا
للشافعي لقوله عليه السلام من حج هذا البيت فليكن اخر عهده بالبيت الطواف ورخص
للنساء الحيض تركه الا على اهل مكة لانهم لا يصدرون ولا يودعون ولا رمل فيه لما بينا
انه شرع مرة واحدة ويصلي ركعتي الطواف بعده لما قدمنا ويأتي زمزم فيشرب من مائها
لما روي ان النبي عليه السلام استقى دلوا بنفسه فشرب منه ثم افرغ باقي الدلو في البئر
ويستحب ان يأتي الباب ويقبل العتبة ويأتي الملتزم وهو ما بين الحجر الى الباب فيضع صدره
ووجهه عليه ويتشبث بالاستار ساعة ثم يعود الى اهله هكذا روي ان النبي عليه السلام
فعل بالملتزم ذلك قالوا وينبغي ان ينصرف وهو يمشي وراءه ووجهه الى البيت متباكيا
متحسرا على فراق البيت حتى يخرج من المسجد فهذا بيان تمام الحج **فصل**: فان لم
يدخل المحرم مكة وتوجه الى عرفات ووقف بها على ما بينا سقط عنه طواف القدوم
لانه شرع في ابتداء الحج على وجه يترتب عليه سائر الافعال فلا يكون الاتيان به
على غير ذلك الوجه سنة ولا شيء عليه لتركه لانه سنة وبترك السنة لا يجب الجابر
ومن ادرك الوقوف بعرفة ما بين زوال الشمس من يومها الى طلوع الفجر من يوم النحر
فقد ادرك الحج فاول وقت الوقوف بعد الزوال عندنا لما روي ان النبي عليه السلام
وقف بعد الزوال وهذا بيان اول الوقت وقال عليه السلام من ادرك عرفة بليل فقد ادرك الحج ومن
فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فهذا بيان اخر الوقت ومالك وان كان يقول ان
اول وقته بعد طلوع الفجر او بعد طلوع الشمس فهو محجوج عليه بما روينا ثم اذا
وقف بعد الزوال وافاض من ساعته اجزاه عندنا لانه عليه السلام ذكره بكلمة او فانه
قال الحج عرفة فمن وقف بعرفة ساعة من ليل او نهار فقد تم حجه وهي كلمة التخيير
وقال مالك لا يجزيه الا ان يقف في اليوم وجزء من الليل ولكن الحجة عليه ما رويناه
ومن اجتاز بعرفات نائما او مغمى عليه او لا يعلم انها عرفات جاز عن الوقوف

لان ما

لان ما هو الركن قد وجد وهو الوقوف ولا يمنع ذلك بالاغماء والنوم كركن الصوم
بخلاف الصلوة لانها لا تبقى مع الاغماء والجهل يخل بالنية وهي ليست بشرط لكل ركن
ومن اغمي عليه فاهل عنه رفقاؤه جاز عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز ولو امر انسانا
بان يحرم عنه اذا اغمي عليه او نام فاحرم المأمور عنه صح بالاجماع حتى اذا افاق
او استيقظ واتى بافعال الحج جاز لهما انه لم يحرم بنفسه ولا اذن لغيره به وهذا
لانه لم يصرح بالاذن والدلالة تقف على العلم وجواز الاذن به لا يعرفه كثير
من الفقهاء فكيف يعرفه العوام بخلاف ما اذا امر غيره بذلك صريحا وله انه لما عاقد
عقد الرفقة فقد استعان بكل واحد منهم فيما يعجز عن مباشرته بنفسه والاحرام
هو المقصود بهذا السفر فكان الاذن به ثابتا دلالة والعلم ثابت نظرا الى الدليل والحكم يدار
عليه قال والمرأة في جميع ذلك كالرجل غير انها لا تكشف رأسها لانه عورة وتكشف
وجهها لقوله عليه السلام احرام المرأة في وجهها ولو سدلت شيئا على وجهها وجافته عنه
جاز هكذا روي عن عائشة رض ولانه بمنزلة الاستظلال بالمحمل ولا ترفع صوتها بالتلبية لما فيه
من الفتنة ولا ترمل ولا تسعى بين الميلين لانه مخل بستر العورة ولا تحلق ولكن تقصر لما روي
انه عليه السلام نهى النساء عن الحلق وامرهن بالتقصير ولان حلق الشعر في حقها مثلة كحلق
اللحية في حق الرجل وتلبس من المخيط ما بدا لها لان في لبس غير المخيط كشف العورة قالوا
ولا تستلم الحجر اذا كان هناك جمع لانها ممنوعة عن مماسة الرجال الا ان تجد الموضع خاليا
قال ومن قلد بدنة تطوعا او نذرا او جزاء صيد او شيئا من الاشياء وتوجه معها
يريد الحج فقد احرم لقوله عليه السلام من قلد بدنة فقد احرم ولان سوق الهدي في معنى التلبية
في اظهار الاجابة لانه لا يفعله الا من يريد الحج او العمرة واظهار الاجابة قد يكون
بالفعل كما يكون بالقول فيصير به محرما لاتصال النية بفعل هو من خصائص الاحرام
وصفة التقليد ان يربط على عنق بدنته قطعة نعل او عروة مزادة او لحاء شجرة
فان قلدها وبعث بها ولم يسقها لم يصر محرما لما روي عن عائشة رضي الله عنها انها قالت
كنت افتل قلائد هدي رسول الله صلى الله عليه وسلم فبعث بها واقام في اهله حلالا
فان توجه بعد ذلك لم يصر محرما حتى يلحقها لان عند التوجه اذا لم يكن بين يديه هدي
يسوقه لم يوجد منه الا مجرد النية وبمجرد النية لا يصير محرما فاذا ادركها وساقها
او ادركها فقد اقترنت نيته بعمل هو من خصائص الاحرام فيصير محرما كما لو ساقها
في الابتداء قال الا في بدنة المتعة فانه محرم حين توجه معناه اذا نوى الاحرام

وهو استحسان وجه القياس فيه ما ذكرنا ووجه الاستحسان ان هذا الهدي مشروع على الابتداء
نسكا من مناسك الحج وضعا لانه يختص بمكة ويجب شكرا للجمع بين اداء النسكين وغيره
قد يجب بالجناية وان لم يصل الى مكة فلهذا اكتفي فيه بالتوجه وفي غيره توقف على
حقيقة الفعل وان جلل بدنة او اشعرها او قلد شاة لم يكن محرما لان التجليل لدفع
الحر والبرد والذباب فلم يكن من خصائص الحج والاشعار مكروه عند ابي حنيفة
فلا يكون من النسك في شيء وعندهما ان كان حسنا فقد يفعل للمعالجة بخلاف التقليد
لانه يختص بالهدي وتقليد الشاة غير معتاد وليس بسنة ايضا قال والبدن من الابل
والبقر وقال الشافعي من الابل خاصة لقوله عليه السلم في حديث الجمعة فالمتعجل منهم كالمهدي
بدنة والذي يليه كالمهدي بقرة فصل بينهما ولنا ان البدنة تنبئ عن البدانة وهي
الضخامة وقد اشتركا في هذا المعنى ولهذا يجزي كل واحد منهما عن سبعة والصحيح
من الرواية في الحديث كالمهدي جزورا

باب القران

القران افضل من التمتع
والافراد وقال الشافعي الافراد افضل وقال مالك التمتع افضل من القران لان
له ذكرا في القرآن وهو قوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج الاية ولا ذكر للقران فيه
وللشافعي قوله عليه السلم القران رخصة ولان في الافراد زيادة التلبية والسفر والحلق
ولنا قوله عليه السلم يا آل محمد اهلوا بحجة وعمرة معا ولان فيه جمعا بين العبادتين فاشبه الصوم
والاعتكاف والحراسة في سبيل الله وصلوة الليل والتلبية غير محصورة والسفر غير مقصود
والحلق خروج عن العبادة فلا ترجيح بما ذكر والمقصود بما روي نفي قول اهل الجاهلية
ان العمرة في اشهر الحج من افجر الفجور وللقران ذكر في القرآن لان المراد من قوله تعالى
واتموا الحج والعمرة لله ان تحرم بهما من دويرة اهلك على ما روينا من قبل ثم فيه تعجيل
الاحرام واستدامة احرامهما من الميقات الى ان يفرغ منهما ولا كذلك التمتع فكان القران
اولى منه وقيل الاختلاف بيننا وبين الشافعي بناء على ان القارن عندنا يطوف طوافين
ويسعى سعيين وعنده طوافا واحدا وسعيا واحدا قال وصفة القران ان يهل بالعمرة
والحج معا من الميقات ويقول عقيب الصلوة اللهم اني اريد الحج والعمرة فيسرهما لي و
تقبلهما مني لان القران هو الجمع بين الحج والعمرة من قولك قرنت الشيء بالشيء اذا جمعت
بينهما وكذا اذا ادخل حجة على عمرة قبل ان يطوف لها اربعة اشواط لان الجمع قد تحقق
اذ الاكثر منها قائم ومتى عزم على اداءهما يسال الله التيسير فيهما وقدم العمرة على الحج
فيه وكذلك يقول لبيك بعمرة وحجة معا لانه يبدأ بافعال العمرة فكذلك يبدأ بذكرها وان

تحية خ
المقصد خ
قدم خ

اخر ذلك في الدعاء والتلبية لا باس به لان الواو للجمع ولو نوى بقلبه ولم يذكرهما في التلبية
اجزاه اعتبارا بالصلوة فاذا دخل مكة ابتدأ فطاف بالبيت سبعة اشواط يرمل
في الثلثة الاول منها ويسعى بعدها بين الصفا والمروة فهذه افعال العمرة ثم يبدأ بافعال
الحج فيطوف طواف القدوم سبعة اشواط ويسعى كما بينا في المفرد ويقدم افعال
العمرة لقوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج والقران في معنى المتعة ولا يحلق بين العمرة
والحج لان ذلك جناية على احرام الحج وانما يحلق في يوم النحر كما يحلق المفرد ويتحلل
بالحلق عندنا لا بالذبح كما يتحلل المفرد ثم هذا مذهبنا وقال الشافعي يطوف طوافا
واحدا ويسعى سعيا واحدا لقوله عليه السلم دخلت العمرة في الحج الى يوم القيمة ولان مبنى القران
على التداخل حتى اكتفى فيه بتلبية واحدة وبسفر واحد وحلق واحد فكذلك في الاركان
ولنا انه لما طاف صبي بن معبد طوافين وسعى سعيين قال له عمر رضي الله عنه
هديت لسنة نبيك ولان القران ضم عبادة الى عبادة وذلك انما يتحقق باداء عمل
كل واحد منهما على الكمال ولانه لا تداخل في العبادات والسفر للتوسل والتلبية للتحريم و
الحلق للتحلل فليست هذه الاشياء بمقاصد بخلاف الاركان الا يرى ان شفعي
التطوع لا يتداخلان وتحريمة واحدة تؤديان ومعنى ما رواه دخل وقت العمرة
في وقت الحج قال فان طاف طوافين لعمرته وحجته وسعى سعيين يجزيه لانه اتى بما
هو المستحق عليه وقد اساء بتاخير سعي العمرة وتقديم طواف التحية عليه ولا يلزمه شيء
اما عندهما فظاهر لان التقديم والتاخير في المناسك لا يوجب الدم عندهما وعنده
طواف التحية سنة وتركه لا يوجب الدم فتقديمه اولى والسعي تاخيره بالاشتغال بعمل
آخر لا يوجب الدم فكذا بالاشتغال بالطواف قال واذا رمى الجمرة يوم النحر ذبح
شاة او بقرة او بدنة او سبع بدنة فهذا دم القران لانه في معنى المتعة والهدي
منصوص عليه فيها والهدي من الابل والبقر والغنم على ما نذكره في بابه ان شاء الله تعالى
واراد بالبدنة ههنا البعير وان كان اسم البدنة يقع عليه وعلى البقر على ما ذكرنا وكما
يجوز سبع البعير يجوز سبع البقرة فان لم يكن له ما يذبح صام ثلثة ايام في الحج آخرها
يوم عرفة وسبعة ايام اذا رجع الى اهله لقوله عز وعلا فمن لم يجد فصيام ثلثة ايام
في الحج وسبعة اذا رجعتم تلك عشرة كاملة فالنص وان ورد في التمتع فالقران مثله
لانه مرتفق باداء النسكين والمراد بالحج والله تعالى اعلم وقته لان نفسه لا يصلح ظرفا
الا ان الافضل ان يصوم قبل يوم التروية بيوم ويوم التروية ويوم عرفة لان الصوم

ونهر خ
فليست خ
فظاهر خ
للاشتغال خ
فاذا خ
لاداء خ
بيوم خ

بدل عن الهدي فيستحب تأخيره الى آخر وقته رجاء ان يقدر على الاصل وان صامها بمكة بعد فراغه
من الحج جاز ومعناه بعد مضي ايام التشريق لان الصوم فيها منهي عنه وقال الشافعي لا يجوز لانه
معلق بالرجوع الا ان ينوي المقام فحينئذ يجزيه لتعذر الرجوع ولنا ان معناه رجعتم عن الحج
اي فرغتم اذ الفراغ سبب الرجوع الى اهله فكان الاداء بعد السبب فيجوز فان فاته الصوم
حتى اتى يوم النحر لم يجزه الا الدم وقال الشافعي يصوم بعد هذه الايام لانه صوم موقت
فيقضى وقال مالك يصوم فيها لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلاثة ايام في الحج وسبعة اذا رجعتم
وهذا وقته ولنا النهي المشهور عن الصوم في هذه الايام فيتقيد به النص او يدخله النقص
فلا يتأدى به ما وجب كاملا ولا يؤدي بعدها لان الصوم بدل والابدال لا تنصب
الا شرعا والنص خصه بوقت الحج وجواز الدم على الاصل وعن عمر رضي الله عنه انه امر في
مثله بذبح الشاة فلو لم يقدر على الهدي تحلل وعليه دمان دم التحلل ودم التمتع قبل
الهدي فان لم يدخل القارن مكة وتوجه الى عرفات فقد صار رافضا لعمرته بالوقوف
لانه تعذر عليه اداؤها لانه يصير بانيا افعال العمرة على افعال الحج وذلك خلاف المشروع
ولا يصير رافضا بمجرد التوجه هو الصحيح من مذهب ابي حنيفة والفرق له بينه وبين مصلي
الظهر يوم الجمعة اذا توجه اليها ان الامر هنالك بالتوجه متوجه بعد اداء الظهر والتوجه
في القران والتمتع منهي عنه قبل اداء العمرة فافترقا قال وسقط عنه دم القران لانه لما
ارتفضت العمرة لم يوفق لاداء النسكين وعليه قضاؤها لصحة الشروع فيها فاشبه المحصر

باب التمتع

التمتع افضل من الافراد وعن ابي حنيفة ان الافراد افضل لان المتمتع
سفره واقع لعمرته والمفرد سفره واقع لحجته وجه ظاهر الرواية ان في التمتع جمعا بين العبادتين
فاشبه القران ثم فيه زيادة نسك وهو اراقة الدم وسفره واقع لحجته وان تخللت العمرة
لانها تبع للحج كتخلل السنة بين الجمعة والسعي اليها والمتمتع على وجهين متمتع يسوق الهدي ومتمتع
لا يسوق الهدي ومعنى التمتع الترفق باداء النسكين في سفر واحد من غير ان يلم باهله بينهما
الماما صحيحا ويدخله اختلافات نبينها ان شاء الله تعالى وصفته ان يبتدئ من الميقات
في اشهر الحج فيحرم بالعمرة ويدخل مكة فيطوف لها ويسعى ويحلق او يقصر وقد حل من عمرته
وهذا تفسير العمرة وكذلك اذا اراد ان يفرد بالعمرة فعل ما ذكرنا هكذا فعل رسول الله صلى
الله تعالى عليه وسلم في عمرة القضاء وقال مالك لا حلق عليه انما العمرة الطواف والسعي وحجتنا عليه
ما رويناه وقوله تعالى محلقين رؤوسكم ومقصرين الآية نزلت في عمرة القضاء ولانها لما
كان لها تحرم بالتلبية كان لها تحلل بالحلق كالحج ويقطع التلبية اذا ابتدأ بالطواف

وقال

وقال مالك كما وقع بصره على البيت لان العمرة زيارة البيت وتتم به ولنا ان النبي عليه الصلاة والسلام
في عمرة القضاء قطع التلبية حين استلم الحجر ولان المقصود هو الطواف فيقطعها عند افتتاحه
ولهذا يقطعها الحاج عند افتتاح الرمي قال ويقيم بمكة حلالا لانه حل من العمرة فاذا كان
قبل يوم التروية بيوم احرم بالحج من المسجد والشرط ان يحرم من الحرم اما المسجد فليس
بلازم وهذا لانه في معنى المكي وميقات المكي في الحج الحرم على ما بينا وفعل ما يفعله الحاج
المفرد لانه مؤد للحج الا انه يرمل في طواف الزيارة ويسعى بعده لان هذا اول طواف
له في الحج بخلاف المفرد لانه قد سعى مرة ولو كان هذا المتمتع بعدما احرم بالحج
طاف وسعى قبل ان يروح الى منى لم يرمل في طواف الزيارة ولا يسعى بعده لانه قد
اتى بذلك مرة وعليه دم التمتع للنص الذي تلوناه فان لم يجد صام ثلاثة ايام في الحج
وسبعة اذا رجع على الوجه الذي بيناه في القران فان صام ثلاثة ايام من شوال
ثم اعتمر لم يجزه عن الثلاثة لان سبب وجوب هذا الصوم التمتع لانه بدل عن الهدي وهو
في هذه الحالة غير متمتع فلا يجوز اداؤه قبل وجود سببه وان صامها بعدما احرم
بالعمرة قبل ان يطوف جاز عندنا خلافا للشافعي له قوله تعالى فصيام ثلاثة ايام
في الحج ولنا انه اداء بعد انعقاد سببه والمراد بالحج المذكور في النص وقته على ما بينا
والافضل تاخيرها الى آخر وقتها وهو يوم عرفة لما بينا في القران وان اراد المتمتع
ان يسوق الهدي احرم وساق هديه وهذا افضل لان النبي عليه السلام ساق الهدايا
مع نفسه ولان فيه استعدادا ومسارعة وان كانت بدنة قلدها بمزادة او نعل
لحديث عائشة رضي الله عنها على ما روينا والتقليد اولى من التجليل لان له ذكرا في الكتاب
ولانه للاعلام والتجليل للزينة ويلبي ثم يقلد لانه يصير محرما بتقليد الهدي
والتوجه معه على ما سبق والاولى ان يعقد الاحرام بالتلبية ويسوق الهدي وهو افضل
من ان يقودها لانه عليه السلام احرم بذي الحليفة وهداياه تساق بين يديه ولانه
ابلغ في التشهير الا اذا كانت لا تنقاد فحينئذ يقودها قال واشعر البدنة عند
ابي يوسف ومحمد ولا يشعر عند ابي حنيفة والاشعار هو الادماء بالجرح لغة
وصفته ان يشق سنامها بان يطعن في اسفل السنام من الجانب الايمن قالوا والاشبه
هو الايسر لان النبي عليه السلام طعن في جانب اليسار مقصودا وفي الجانب الايمن اتفاقا
ويلطخ سنامها بالدم اعلاما وهذا الصنيع مكروه عند ابي حنيفة وعندهما حسن
وقال الشافعي سنة لانه مروي عن النبي عليه السلام وعن الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم اجمعين

ولهما ان المقصود من التقليد ان لا يهاج اذا ورد ماء او كلاء او يرد اذا اضل وانه في
اتم لانه الزم فمن هذا الوجه يكون سنة الا انه عارضه جهة كونه مثلة فقلنا بحسنه ولابي حنيفة
انه مثلة وانه منهي عنه ولو وقع التعارض فالترجيح للمحرم واشعار النبي عليه السلام لصيانة
الهدي لان المشركين كانوا لا يمتنعون عن تعرضه الا به وقيل ان ابا حنيفة كره اشعار
اهل زمانه لمبالغتهم فيه على وجه يخاف منه السراية وقيل انما كره ايثاره على التقليد
قال فاذا دخل مكة طاف وسعى وهذا للعمرة على ما بينا في متمتع لا يسوق الهدي الا انه
لا يتحلل حتى يحرم بالحج يوم التروية لقوله عليه السلام لو استقبلت من امري ما استدبرت
لما سقت الهدي ولجعلتها عمرة وتحللت منها وهذا ينفي التحلل عند سوق الهدي ويحرم
بالحج يوم التروية كما يحرم اهل مكة على ما بينا وان قدم الاحرام قبله جاز وما عجل المتمتع
من الاحرام بالحج فهو افضل لما فيه من المسارعة وزيادة المشقة وهذه الافضلية في حق من
ساق الهدي وفي حق من لم يسق ايضا وعليه دم وهو دم التمتع على ما بينا واذا حلق يوم النحر فقد حل
من الاحرامين لان الحلق محلل في الحج كالسلام في الصلوة فيتحلل به عنهما وليس لاهل مكة
تمتع ولا قران وانما لهم الافراد خاصة خلافا للشافعي والحجة عليه قوله تعالى ذلك
لمن لم يكن اهله حاضري المسجد الحرام ولان شرعهما للترفه باسقاط احدى السفرتين
وهذا في حق الافاقي ومن كان داخل المواقيت فهو بمنزلة المكي حتى لا يكون له متعة
ولا قران بخلاف المكي اذا خرج الى الكوفة وقرن حيث يصح لان عمرته وحجته ميقاتيتان
فصار بمنزلة الافاقي واذا عاد المتمتع الى بلده بعد فراغه من العمرة ولم يكن ساق الهدي
بطل تمتعه لانه الم باهله فيما بين النسكين الماما صحيحا وبذلك يبطل التمتع كذا روي عن
عدة من التابعين واذا ساق الهدي فالمامه لا يكون صحيحا فلا يبطل تمتعه عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد يبطل لانه اداهما بسفرتين ولهما ان العود مستحق عليه ما دام على نية
التمتع لان السوق يمنعه من التحلل فلم يصح المامه باهله بخلاف المكي اذا خرج الى الكوفة و
احرم بعمرة وساق الهدي حيث لم يكن متمتعا لان العود هناك غير مستحق عليه فيصح المامه باهله
ومن احرم بعمرة قبل اشهر الحج فطاف لها اقل من اربعة اشواط ثم دخلت اشهر الحج فتممها
واحرم بالحج كان متمتعا لان الاحرام عندنا شرط فيصح تقديمه على اشهر الحج وانما يعتبر
اداء الافعال فيها وقد وجد الاكثر وللاكثر حكم الكل وان طاف لعمرته قبل اشهر الحج
اربعة اشواط فصاعدا ثم حج من عامه ذلك لم يكن متمتعا لانه ادى الاكثر قبل اشهر الحج
وهذا لانه صار بحال لا يفسد نسكه بالجماع فصار كما اذا تحلل منها قبل اشهر الحج ومالك

يعتبر

يعتبر الاتمام في اشهر الحج والحجة عليه ما ذكرنا ولان الترفق باداء الافعال والمتمتع المترفق
باداء النسكين في سفرة واحدة في اشهر الحج قال واشهر الحج شوال وذو القعدة
وعشر من ذي الحجة كذا روي عن العبادلة الثلثة وعبد الله بن الزبير رضي الله تعالى عنهم
ولان الحج يفوت بمضي عشر ذي الحجة ومع بقاء الوقت لا يتحقق الفوات وهذا يدل على ان
المراد من قوله تعالى الحج اشهر معلومات شهران وبعض الثالث لا كله فان قدم الاحرام بالحج
عليها جاز احرامه وانعقد حجا خلافا للشافعي فان عنده يصير محرما بالعمرة لانه ركن
عنده وهو شرط عندنا فاشبه الطهارة في جواز التقديم على الوقت ولان الاحرام تحريم
اشياء وايجاب اشياء وذلك يصح في كل زمان وصار كالتقديم على المكان قال واذا
قدم الكوفي بعمرة في اشهر الحج وفرغ منها وقصر ثم اتخذ مكة او البصرة دارا وحج
من عامه ذلك فهو متمتع اما الاول فلانه ترفق بالنسكين في سفر واحد في اشهر الحج
واما الثاني فقيل هو بالاتفاق وقيل هو قول ابي حنيفة وعندهما لا يكون متمتعا لان
المتمتع من يكون عمرته ميقاتية وحجته مكية ونسكاه هذان ميقاتيان وله ان السفر الاول
قائمة ما لم يعد الى وطنه وقد اجتمع له نسكان فيه فوجب دم التمتع فان قدم بعمرة
فافسدها وفرغ منها وقصر ثم اتخذ البصرة دارا ثم اعتمر في اشهر الحج وحج من عامه
لم يكن متمتعا عند ابي حنيفة وقالا هو متمتع لانه انشاء سفر وقد ترفق فيه بنسكين
وله انه باق على سفره ما لم يرجع الى وطنه فان كان رجع الى اهله ثم اعتمر في اشهر الحج
وحج من عامه ذلك يكون متمتعا في قولهم جميعا لان هذا انشاء سفر لانتهاء السفر
الاول وقد اجتمع له نسكان صحيحان فيه ولو بقي بمكة ولم يخرج الى البصرة حتى اعتمر
في اشهر الحج وحج من عامه لا يكون متمتعا بالاتفاق لان عمرته مكية والسفر الاول
قد انتهى بالعمرة الفاسدة ولا تمتع لاهل مكة ومن اعتمر في اشهر الحج وحج من عامه فايهما
افسد مضى فيه لانه لا يمكنه الخروج عن عهدة الاحرام الا بالافعال وسقط دم المتعة
لانه لم يترفق باداء نسكين صحيحين في سفرة واحدة واذا تمتعت المراة فضحت بشاة
لم يجزها عن المتعة لانها اتت بغير الواجب وكذا الجواب في الرجل واذا حاضت المراة
عند الوقوف اغتسلت واحرمت وصنعت كما يصنع الحاج غير انها لا تطوف بالبيت
حتى تطهر لحديث عائشة رضي الله عنها حين حاضت بسرف ولان الطواف في المسجد
والوقوف في مفازة وهذا الاغتسال للاحرام لا للصلوة فيكون مفيدا فان
حاضت بعد الوقوف وطواف الزيارة انصرفت من مكة ولا شيء عليها لطواف الصدر

لان النبي عليه السلام رخص للنساء الحيض في ترك طواف الصدر ومن اتخذ مكة دارا فليس عليه
طواف الصدر لانه على من يصدر الا اذا اتخذها دارا بعد ما حل النفر الاول فيما يروى
عن ابي حنيفة ويرويه البعض عن محمد لانه وجب عليه بدخول وقته فلا يسقط بنية الاقامة
بعد ذلك

باب الجنايات

واذا تطيب المحرم فعليه الكفارة فان طيب
عضوا كاملا فما زاد فعليه دم وذلك مثل الراس والساق والفخذ وما اشبه ذلك لان الجناية
تتكامل بتكامل الارتفاق وذلك في العضو الكامل فيترتب عليه كمال الموجب وان طيب
اقل من عضو فعليه الصدقة لقصور الجناية وقال محمد يجب بقدره من الدم اعتبارا
للجزء بالكل وفي المنتقى اذا طيب ربع العضو فعليه دم اعتبارا بالحلق ونحن نذكر
الفرق بينهما من بعد ان شاء الله تعالى ثم واجب الدم يتادى بالشاة في جميع المواضع الا
في موضعين نذكرهما في باب الهدي ان شاء الله تعالى وكل صدقة في الاحرام غير مقدرة
فهي نصف صاع من بر الا ما يجب بقتل القملة والجرادة هكذا روي عن ابي يوسف فان خضب
راسه بحناء فعليه دم لانه طيب قال عليه الصلاة والسلام الحناء طيب وان صار ملبدا
فعليه دمان دم للطيب ودم للتغطية ولو خضب راسه بالوسمة لا شيء عليه لانها ليست بطيب
وعن ابي يوسف انه اذا خضب راسه بالوسمة لاجل المعالجة من الصداع فعليه الجزاء باعتبار
انه يغلف راسه وهذا صحيح ثم ذكر في الاصل راسه ولحيته واقتصر على ذكر الراس في
الجامع الصغير لان كل واحد منهما عضو مضمون وان ادهن بزيت فعليه دم عند ابي حنيفة
وقالا عليه الصدقة وقال الشافعي اذا استعمله في الشعر فعليه دم لازالة الشعث وان
استعمله في غيره فلا شيء عليه لانعدامه ولهما انه من الاطعمة الا ان فيه ارتفاقا بمعنى قتل
الهوام وازالة الشعث فكانت جناية قاصرة ولابي حنيفة انه اصل الطيب ولا يخلو
عن نوع طيب ويقتل الهوام ويلين الشعر ويزيل التفث والشعث فتتكامل الجناية
بهذه الجملة فيوجب الدم وكونه مطعوما لا ينافيه كالزعفران وهذا الخلاف في الزيت
البحت والحل البحت اما المطيب منه كالبنفسج والزنبق وما اشبههما يجب باستعماله الدم
بالاتفاق لانه طيب وهذا اذا استعمله على وجه التطيب ولو داوى به جرحه او شقوق
رجليه فلا كفارة عليه لانه ليس بطيب في نفسه وانما هو اصل الطيب او طيب من وجه
فيشترط استعماله على وجه التطيب بخلاف ما اذا تداوى بالمسك وما اشبهه وان
لبس ثوبا مخيطا او غطى راسه يوما كاملا فعليه دم وان كان اقل من ذلك فعليه صدقة
وعن ابي يوسف انه اذا لبس اكثر من نصف يوم فعليه دم وهو قول ابي حنيفة اولا وقال

الشافعي يجب الدم بنفس اللبس لان الارتفاق يتكامل بالاشتمال على بدنه ولنا ان معنى الترفق
مقصود من اللبس فلا بد من اعتبار المدة ليحصل على الكمال ويجب الدم فقدر باليوم لانه
يلبس فيه ثم ينزع عادة ويتقاصر ما دونه الجناية فتجب الصدقة غير ان ابا يوسف اقام
الاكثر مقام الكل ولو ارتدى بالقميص او اتشح به او اتزر بالسراويل فلا باس به لانه
لم يلبسه لبس المخيط وكذا لو ادخل منكبيه في القباء ولم يدخل يديه في الكمين خلافا
لزفر لانه ما لبسه لبس القباء ولهذا يتكلف في حفظه والتقدير في تغطية الراس من
حيث الوقت ما بيناه والخلاف فيه اذا غطى جميع الراس يوما كاملا يجب عليه الدم لانه
ممنوع عنه ولو غطى بعض راسه فالمروي عن ابي حنيفة انه يعتبر الربع اعتبارا بالحلق و
العورة وهذا لان ستر البعض استمتاع مقصود يعتاده بعض الناس وعن ابي يوسف انه
يعتبر اكثر الراس اعتبارا للحقيقة واذا حلق ربع راسه او ربع لحيته فصاعدا فعليه دم
وان كان اقل من الربع فعليه صدقة وقال مالك لا يجب الا بحلق الكل وقال الشافعي
يجب بحلق القليل اعتبارا بنبات الحرم ولنا ان حلق بعض الراس ارتفاق كامل لانه
معتاد فتتكامل به الجناية وتتقاصر فيما دونه بخلاف تطييب ربع العضو لانه غير مقصود
وكذا حلق بعض اللحية معتاد بالعراق وارض العرب وان حلق الرقبة كلها فعليه دم لانها
عضو مقصود بالحلق وان حلق الابطين او احدهما فعليه دم لان كل واحد منهما مقصود
بالحلق لدفع الاذى ونيل الراحة فاشبه العانة ذكر في الابطين الحلق ههنا
وفي الاصل النتف وهو السنة وقال ابو يوسف ومحمد اذا حلق عضوا فعليه دم وان كان
اقل فطعام اراد به الصدر والساق وما اشبه ذلك لانه مقصود بطريق التنور فيتكامل
بحلق كله وتتقاصر عند حلق بعضه قال فان اخذ من شاربه فعليه طعام حكومة عدل
ومعناه انه ينظر ان هذا الماخوذ كم يكون من ربع اللحية فيجب عليه الطعام بحسب ذلك
حتى لو كان مثلا مثل ربع الربع يلزمه ربع قيمة الشاة ولفظة الاخذ من الشارب تدل على
انه هو السنة فيه دون الحلق والسنة ان يقص الشارب حتى يوازي الاطار قال وان
حلق موضع المحاجم فعليه دم عند ابي حنيفة وقالا عليه صدقة لانه انما يحلق لاجل الحجامة
وهي ليست من المحظورات فكذا ما يكون وسيلة اليها الا ان فيه ازالة شيء من التفث فتجب
الصدقة ولابي حنيفة ان حلقه مقصود لانه لا يتوسل الى المقصود الا به وقد وجد
ازالة التفث عن عضو كامل فيجب الدم قال وان حلق راس محرم بامره او بغير امره
فعلى الحالق الصدقة وعلى المحلوق دم وقال الشافعي لا يجب ان كان بغير امره بان كان

ما يمالؤن من اصلها ان الاكراه يخرج المكره من ان يكون مواخذا بحكم الفعل والنوم كذلك
وعندنا بسبب النوم والاكراه ينتفي المأثم دون الحكم وقد تقرر سببه وهو ما نال
من الراحة والزينة فيلزمه الدم حتما بخلاف المضطر حيث يتخير لان الآفة هناك
سماوية وههنا من العباد ثم لا يرجع المحلوق رأسه على الحالق لان الدم انما لزمه
بما نال من الراحة فصار كالمغرور في حق العقر وكذا اذا كان الحالق حلالا لا يختلف
الجواب في حق المحلوق رأسه واما الحالق تلزمه الصدقة في مسئلتنا في الوجهين وفي
ان فعلى لا شئ عليه وعلى هذا الخلاف اذا حلق المحرم رأس حلال له ان كمال الارتفاق لا يتحقق معنى م
بحلق شعر غيره وهو الموجب ولنا ان ازالة ما ينمو من بدن الانسان من محظورات الاحرام
لاستحقاقه الامان بمنزلة نبات الحرم فلا يفترق الحال بين شعره وشعر غيره الا ان كمال الجناية
في شعره فان اخذ من شارب حلال او قلم اظافيره اطعم ما شاء والوجه فيه ما بينا ولا يعرى
عن نوع ارتفاق لانه يتأذى بتفث غيره وان كان اقل من التأذي بتفث نفسه فيلزمه قدر ن
الطعام قال وان قص اظافير يديه ورجليه فعليه دم لانه من المحظورات لما فيه من قضاء
التفث وازالة ما ينمو من البدن فاذا قلمها كلها فهو ارتفاق كامل فيلزمه الدم ولا يزاد
على دم ان حصل في مجلس واحد لان الجناية من نوع واحد وان كان في مجالس واحد ن
فكذا عند محمد لان مبناها على التداخل فاشبه كفارة الفطر الا اذا تخللت الكفارة
لارتفاع الاولى بالتكفير وعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف يجب اربعة دماء ان قلم في كل
مجلس يدا او رجلا لان الغالب فيه معنى العبادة فيتقيد التداخل باتحاد المجلس كما
في آية السجدة وان قص يدا او رجلا فعليه دم اقامة للربع مقام الكل كما في الحلق وان آي ح
قص اقل من خمسة اظافير فعليه صدقة معناه تجب لكل ظفر صدقة وقال زفر يجب
الدم بقص ثلثة منها وهو قول ابي حنيفة الاول لان في اظافير اليد الواحدة دما والثلث
اكثرها وجه المذكور في الكتاب ان اظافير كف واحد اقل ما يجب الدم بقلمها وقد
اقمناها مقام الكل فلا يقام اكثرها مقام كلها لانه يودي الى ما لا يتناهى قال وان
قص خمسة اظافير متفرقة من يديه ورجليه فعليه صدقة عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد
عليه دم اعتبارا بما لو قصها من كف واحد وبما اذا حلق ربع الرأس من مواضع متفرقة
ولهما ان كمال الجناية بنيل الراحة والزينة وبالقلم على هذا الوجه يتأذى ويشينه ذلك
بخلاف الحلق لانه معتاد على ما مر واذا تقاصرت الجناية تجب فيها الصدقة فيجب بقلم كل ظفر
طعام مسكين وكذلك لو قلم اكثر من خمسة متفرقا الا ان يبلغ ذلك دما فحينئذ ينقص منه ما شاء

ما شاء وان انكسر ظفر المحرم فتعلق فاخذه فلا شئ عليه لانه لا ينمو بعد الانكسار فاشبه
اليابس من شجر الحرم قال وان تطيب او لبس او حلق من عذر فهو مخير ان شاء ذبح شاة
وان شاء تصدق على ستة مساكين بثلاثة اصوع من الطعام وان شاء صام ثلاثة ايام
لقوله تعالى ففدية من صيام او صدقة او نسك وكلمة او للتخيير وقد فسرها رسول الله عليه السلام
بما ذكرنا والآية نزلت في المعذور ثم الصوم يجزيه في اي موضع شاء لانه عبادة
في كل مكان وكذا الصدقة عندنا لما بينا واما النسك يختص بالحرم بالاتفاق لان الاراقة
لم تعرف قربة الا في زمان او مكان وهذا الدم لا يختص بزمان فتعين اختصاصه بالمكان
ولو اختار الطعام اجزأه فيه التغدية والتعشية عند ابي يوسف اعتبارا بكفارة اليمين
وان ن — وعند محمد لا يجزيه لان الصدقة تنبئ عن التمليك وهو المذكور **فصل** فان نظر الى فرج
لا ن — امرأته بشهوة فامنى فلا شئ عليه لان المحرم عليه هو الجماع ولم يوجد فصار كما لو
تفكر فامنى وان قبل او لمس بشهوة فعليه دم وفي الجامع الصغير يقول اذا مس بشهوة
الحج — فامنى ولا فرق بين ما اذا انزل او لم ينزل ذكره في الاصل وكذا الجواب في الجماع فيما
دون الفرج وعن الشافعي انه انما يفسد احرامه في جميع ذلك اذا انزل واعتبره بالصوم ولنا
ان فساد الحج يتعلق بالجماع ولهذا لا يفسد بسائر المحظورات وهذا ليس بجماع مقصود
فلا يتعلق به ما يتعلق بالجماع الا ان فيه معنى الاستمتاع والارتفاق بالمرأة وذلك
محظور الاحرام فيلزمه الدم بخلاف الصوم لان المحرم فيه قضاء الشهوة ولا يحصل
بدون الانزال فيما دون الفرج قال فان جامع في احد السبيلين قبل الوقوف بعرفة فسد حجه
وعليه القضاء م — وعليه شاة ويمضي في الحج كما يمضي من لم يفسده والاصل فيه ما روي ان النبي عليه السلام
سئل عمن واقع امرأته وهما محرمان بالحج قال عليه السلام يريقان دما ويمضيان في حجتهما
وعليهما الحج من قابل وهكذا نقل عن جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين وقال الشافعي
تجب بدنة اعتبارا بما لو جامع بعد الوقوف والحجة عليه اطلاق ما روينا ولان القضاء لما
خفف ح — وجب عليه ولا يجب الا لاستدراك المصلحة خف معنى الجناية فيكتفي بالشاة بخلاف
ما بعد الوقوف لانه لا قضاء ثم سوى بين السبيلين وعن ابي حنيفة ان في غير القبل منهما
لا يفسد لتقاصر معنى الوطء فكان عنه روايتان قال وليس عليه ان يفارق امرأته
في قضاء ما افسداه عندنا خلافا لمالك اذا خرجا من بيتهما ولزفر اذا احرما وللشافعي
اذا انتهيا الى المكان الذي جامعها فيه له انهما يتذاكران ذلك فيقعان في المواقعة
فيفترقان ولنا ان الجامع بينهما وهو النكاح قائم فلا معنى للافتراق قبل الاحرام لاباحة

للوقاع ثم ١٢

وهو قوله يريقان دما وذكر دم مطلق سادل
على انه يشتمل ولا يتناول المطلق
ينصرف الى الكامل والمجرد
لا انا نقول انه ينصرف الى الكامل
في ذاته مع حصول المقصود
به وهو الشاة ١٢

الوقاع ولو بعده لا لأنهما يتذاكران ما لحقهما من المشقة الشديدة بسبب لذة يسيرة فيتجددان لحقتهما خ
ندمًا ويتحرزان ولا مشي للافتراق قال ومن جامع بعد الوقوف بعرفة لم يفسد حجه وعليه بدنة عندنا خ
خلافًا للشافعي فيما إذا جامع قبل الرمي لقوله عليه السلام من وقف بعرفة فقد تم حجه وإنما تجب
البدنة لقول ابن عباس رضي الله عنهما أو لأنه أعلى أنواع الارتفاقات فيتغلظ موجبه
قال فإن جامع بعد الحلق فعليه شاة لبقاء إحرامه في حق النساء دون لبس المخيط وما أشبهه
فخفت الجناية فاكتفي بالشاة قال ومن جامع في العمرة قبل أن يطوف أربعة أشواط فسدت عمرته
فيمضي فيها ويقضيها وعليه شاة وإن جامع بعد ما طاف لها أربعة أشواط أو أكثر فعليه شاة اذا خ
ولا تفسد عمرته وقال الشافعي تفسد في الوجهين وعليه بدنة اعتبارًا بالحج إذ هي فرض عنده
كالحج ولنا أنها سنة فكانت أحط رتبة منه فتجب الشاة فيها والبدنة في الحج إظهارًا للتفاوت
ومن جامع ناسيًا كان كمن جامع عامدًا وقال الشافعي جماع الناسي غير مفسد للحج وكذا
الخلاف في جماع النائمة والمكرهة هو يقول الحظر ينعدم بهذه العوارض فلم يقع الفعل
جناية ولنا أن الفساد باعتبار معنى الارتفاق في الإحرام ارتفاقًا مخصوصًا وهذا لا ينعدم
بهذه العوارض والحج ليس في معنى الصوم لأن حالات الإحرام مذكرة بمنزلة حالات الصلاة
بخلاف الصوم

فصل ومن طاف طواف القدوم محدثًا فعليه صدقة وقال الشافعي
لا يعتد به لقوله عليه السلام الطواف صلاة إلا أن الله تعالى أباح فيه المنطق فتكون الطهارة من شرطه
ولنا قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق من غير قيد الطهارة فلم تكن فرضًا ثم قيل هي سنة
والأصح أنها واجبة لأنه يجب بتركها الجابر ولأن الخبر يوجب العمل فيثبت به الوجوب
فإذا شرع في هذا الطواف وهو سنة يصير واجبًا بالشروع ويدخله النقص بترك الطهارة
فيجبر بالصدقة إظهارًا لدنو رتبته عن الواجب بإيجاب الله تعالى وهو طواف الزيارة
وكذا الحكم في كل طواف هو تطوع قال ولو طاف طواف الزيارة محدثًا فعليه شاة لأنه
أدخل النقص في الركن فكان أفحش من الأول فيجبر بالدم وإن كان جنبًا فعليه بدنة
كذا روي عن ابن عباس رضي الله عنهما ولأن الجنابة أغلظ من الحدث فيجب جبر نقصانها
بالبدنة إظهارًا للتفاوت وكذا إذا طاف أكثره جنبًا أو محدثًا لأن أكثر الشيء له حكم كله
والأفضل أن يعيد الطواف ما دام بمكة ولا ذبح عليه وفي بعض النسخ وعليه أن يعيد والأصح
أنه يؤمر بالإعادة في الحدث استحبابًا وفي الجنابة إيجابًا لفحش النقصان بسبب الجنابة
وقصوره بسبب الحدث ثم إذا أعاده وقد طافه محدثًا لا ذبح عليه وإن أعاده بعد أيام النحر
لأن بعد الإعادة لا تبقى إلا شبهة النقصان وإن أعاده وقد طافه جنبًا في أيام النحر

فلاش

فلا شيء عليه لأنه أعاده في وقته وإن أعاده بعد أيام النحر لزمه الدم عند أبي حنيفة بالتأخير
على ما عرف من مذهبه ولو رجع إلى أهله وقد طافه جنبًا عليه أن يعود لأن النقص كثير
فيؤمر بالعود استدراكًا له ويعود بإحرام جديد وإن لم يعد وبعث بدنة أجزأه لما بينا
أنه جابر له إلا أن الأفضل هو العود ولو رجع إلى أهله وقد طافه محدثًا إن عاد وطاف ان عاد وطاف خ
جاز وإن بعث بالشاة فهو أفضل لأنه خف معنى النقصان وفيه نفع للفقراء ولو لم يطف طواف
الزيارة أصلًا حتى رجع إلى أهله فعليه أن يعود بذلك الإحرام لانعدام التحلل منه وهو محرم
عن النساء أبدًا حتى يطوف قال ومن طاف طواف الصدر محدثًا فعليه صدقة لأنه دون طواف
الزيارة وإن كان واجبًا فلا بد من إظهار التفاوت وعن أبي حنيفة أنه تجب شاة
إلا أن الأول أصح وإن طاف جنبًا فعليه شاة لأنه نقص كثير ثم هو دون طواف الزيارة فيكتفى لي خ م
بالشاة قال ومن ترك من طواف الزيارة ثلاثة أشواط فما دونها فعليه شاة لأن النقصان
بترك الأقل يسير فأشبه النقصان بسبب الحدث فيلزمه شاة فلو رجع إلى أهله أجزأه أن بشاة خ
لا يعود ويبعث شاة لما بينا قال ومن ترك أربعة أشواط بقي محرمًا أبدًا حتى يطوفها لأن
المتروك أكثر فصار كأنه لم يطف أصلًا قال ومن ترك طواف الصدر أو أربعة أشواط منه
فعليه شاة لأنه ترك الواجب أو الأكثر منه وما دام بمكة يؤمر بالإعادة إقامة للواجب في وقته
ومن ترك ثلاثة أشواط من طواف الصدر فعليه الصدقة ومن طاف الطواف الواجب في جوف
الحجر فإن كان بمكة أعاده لأن الطواف وراء الحطيم واجب على ما قدمنا والطواف في جوف
الحجر أن يطوف حول الكعبة ويدخل الفرجتين اللتين بينها وبين الحطيم فإذا فعل ذلك فقد يعود خ
أدخل نقصًا في طوافه فما دام بمكة أعاده كله ليكون مؤديًا للطواف على الوجه المشروع
وإن أعاد على الحجر خاصة أجزأه لأنه تلافى ما هو المتروك وهو أن يأخذ عن يمينه
خارج الحجر حتى ينتهي إلى آخره ثم يدخل الحجر من الفرجة ويخرج من الجانب الآخر هكذا يفعله
سبع مرات فإن رجع إلى أهله ولم يعده فعليه دم لأنه تمكن نقصان في طوافه بترك ما
هو قريب من الربع ولا تجزئه الصدقة قال ومن طاف طواف الزيارة على غير وضوء
وطواف الصدر في آخر أيام التشريق طاهرًا فعليه دم وإن طاف طواف الزيارة جنبًا
فعليه دمان عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد عليه دم لأن في الوجه الأول لم ينقل طواف وقالا خ م واجب م
الصدر إلى طواف الزيارة لأنه واجب وإعادة طواف الزيارة بسبب الحدث غير واجب
وإنما هو مستحب فلا ينقل إليه وفي الوجه الثاني ينقل طواف الصدر إلى طواف الزيارة
لأنه مستحق الإعادة فيصير تاركًا لطواف الصدر مؤخرًا لطواف الزيارة عن أيام النحر فيجب الدم

بترك طواف الصدر بالاتفاق وبتأخير الآخر على الخلاف الا انه يؤمر باعادة طواف الصدر
ما دام بمكة ولا يؤمر بعد الرجوع على ما بينا . قال ومن طاف لعمرته وسعى على غير وضوء وحل
فما دام بمكة يعيدهما ولا شيء عليه اما اعادة الطواف فلتمكن النقص فيه بسبب الحدث واما
السعي فلانه تبع للطواف فاذا اعادهما لا شيء عليه لارتفاع النقصان وان رجع الى اهله دم ٩
قبل ان يعيدهما فعليه الدم لترك الطهارة فيه ولا يؤمر بالعود لوقوع التحلل باداء الركن
اذ النقصان يسير وليس عليه في السعي شيء لانه اتى به على اثر طواف معتد به وكذا اذا اعاد
الطواف ولم يعد السعي في الصحيح . قال ومن ترك السعي بين الصفا والمروة فعليه دم وحجه
تام لان السعي من الواجبات عندنا فيلزم بتركه الدم دون الفساد ومن افاض قبل الامام ح يلزم
من عرفات فعليه دم وقال الشافعي لا شيء عليه لان الركن اصل الوقوف فلا يلزمه بترك
الاطالة شيء ولنا ان الاستدامة الى غروب الشمس واجبة لقوله عليه السلام فادفعوا بعد الغروب بغروب الشمس م
فيجب بتركه الدم بخلاف ما اذا وقف ليلا لان استدامة الوقوف على من وقف نهارا لا
ليلا فان عاد الى عرفة بعد غروب الشمس لا يسقط عنه الدم في ظاهر الرواية لان المتروك
لا يصير مستدركا واختلفوا فيما اذا عاد قبل الغروب . قال ومن ترك الوقوف بالمزدلفة
فعليه دم لانه من الواجبات . قال ومن ترك رمي الجمار في الايام كلها فعليه دم لتحقق ترك
الواجب ويكفيه دم واحد لان الجنس متحد كما في الحلق والترك انما يتحقق بغروب
الشمس من آخر ايام الرمي لانه لم يعرف قربة الا فيها وما دامت الايام باقية فالاعادة
ممكنة فيرميها على التأليف ثم بتأخيرها يجب الدم عند ابي حنيفة خلافا لهما . قال وان ترك
رمي يوم فعليه دم لانه نسك تام . ومن ترك رمي احدى الجمار الثلث فعليه الصدقة لان
الكل في هذا اليوم نسك واحد فكان المتروك اقل الا ان يكون المتروك اكثر من النصف
فحينئذ يلزمه الدم لوجود ترك الاكثر . قال وان ترك رمي جمرة العقبة في يوم النحر فعليه
دم لانه كل وظيفة هذا اليوم رميا وكذا اذا ترك الاكثر منها وان ترك منها حصاة
او حصاتين او ثلث حصيات تصدق لكل حصاة نصف صاع الا ان يبلغ دما فينقص او ثلث م حصيات
ما شاء لان المتروك هو الاقل فتكفيه الصدقة . قال ومن اخر الحلق حتى مضت ايام النحر
فعليه دم عند ابي حنيفة وكذا اذا اخر طواف الزيارة وقالا لا شيء عليه في الوجهين
وكذا الخلاف في تأخير الرمي وفي تقديم نسك على نسك كالحلق قبل الرمي ونحر القارن
قبل الرمي والحلق قبل الذبح لهما ان ما فات مستدرك بالقضاء ولا يجب مع القضاء
شيء آخر وله حديث ابن مسعود رضي الله عنهما انه قال من قدم نسكا على نسك فعليه الدم ولان التأخير

عن

عن المكان يوجب الدم فيما هو موقت بالمكان كالاحرام فكذا التأخير عن الزمان فيما هو موقت
بالزمان . قال وان حلق في ايام النحر في غير الحرم فعليه دم ومن اعتمر فخرج من الحرم
وقصر فعليه دم عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا شيء عليه قال رضي الله عنه
ذكر في الجامع الصغير قول ابي يوسف في المعتمر ولم يذكره في الحاج وقيل هو بالاتفاق الحج م
لان السنة جرت في الحج بمنى وهو من الحرم والاصح انه على الخلاف هو يقول الحلق الخلاف م
غير مختص بالحرم لان النبي عليه السلام واصحابه احصروا بالحديبية وحلقوا في غير الحرم ولهما
ان الحلق لما جعل محللا صار كالسلام في آخر الصلوة فانه من واجباتها وان كان محللا
واذا صار نسكا اختص بالحرم كالذبح وبعض الحديبية من الحرم فلعلهم حلقوا فيه فالحاصل
ان الحلق يتوقت بالزمان والمكان عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف لا يتوقت بهما وعند محمد
يتوقت بالمكان دون الزمان وعند زفر يتوقت بالزمان دون المكان وهذا الخلاف ابتداء
في التوقيت في حق التضمين بالدم اما لا يتوقت في حق التحلل بالاتفاق والتقصير والحلق
في العمرة غير موقت بالزمان بالاجماع لان اصل العمرة لا يتوقت به بخلاف المكان لانه
موقت به . قال فان لم يقصر حتى رجع وقصر فلا شيء عليه في قولهم جميعا معناه اذا خرج
المعتمر ثم عاد لانه اتى به في مكانه فلا يلزمه ضمانه . قال فان حلق القارن قبل ان يذبح
فعليه دمان عند ابي حنيفة دم بالحلق في غير اوانه لان اوانه بعد الذبح ودم بتأخير
الذبح عن الحلق وعندهما يجب عليه دم واحد وهو الاول ولا يجب بسبب التأخير شيء
على ما قلنا .

فصل

اعلم ان صيد البر محرم على المحرم وصيد البحر حلال لقوله تعالى
احل لكم صيد البحر الآية وصيد البر ما يكون توالده ومثواه في البر وصيد البحر ما يكون
توالده ومثواه في الماء والصيد هو الممتنع المتوحش في اصل الخلقة واستثنى رسول الله
صلى الله عليه وسلم الخمس الفواسق وهي الكلب العقور والذئب والحدأة والغراب
والحية والعقرب فانها مبتديات بالاذى والمراد بالغراب الغراب الذي ياكل الجيف
هو المروي عن ابي يوسف . قال واذا قتل المحرم صيدا او دل عليه من قتله فعليه الجزاء اما
القتل فلقوله تعالى لا تقتلوا الصيد وانتم حرم ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم
الآية نص على ايجاب الجزاء واما الدلالة ففيها خلاف الشافعي هو يقول الجزاء تعلق بالقتل
والدلالة ليست بقتل فاشبه دلالة الحلال حلالا ولنا ما روينا من حديث ابي قتادة نفم
وقال عطاء اجمع الناس على ان على الدال الجزاء ولان الدلالة من محظورات الاحرام
فانه تفويت الامن على الصيد اذ هو آمن بتوحشه وتواريه فصار كالاتلاف ولان المحرم

الخمس التي استثناها رسول الله صلى الله عليه وسلم
في حديث عائشة وعبد الله بن عمر وغيرهما
في الصحيحين وغيرهما من الفارة والعقرب
والغراب والحدأة والكلب العقور وفي
رواية لمسلم الحية بدل العقرب في حديث
عائشة وفي اخرى له عن ابن عمر قال
حدثتني احدى نسوة النبي صلى الله عليه وسلم
انه كان يأمر بقتل الكلب العقور والفارة
والعقرب والحدأة والغراب والحية
قال وفي الصلاة ايضا وليس فيه
ذكر لفظ الخمس وقد عد
ستا بزيادة الحية زاد
ابو داود والترمذي
وابن ماجه السبع العادي من
حديث ابي سعيد الخدري قال ابن البركاتي
وذكر الذئب في رواية البيهقي من حديث
ابي هريرة وفي مسند احمد [illegible]
الا ذكر الخمس في الحديث لا مفهوم له والحكم
[illegible]

باحرامه التزم الامتناع عن التعرض فيضمن بترك ما التزمه كالمودع بخلاف الحلال لانه لا التزام
من جهته على ان فيه الجزاء على ما روي عن ابي يوسف وزفر والدلالة الموجبة للجزاء ان لا يكون
المدلول عالما بمكان الصيد وان يصدقه في الدلالة حتى لو كذبه وصدق غيره لا ضمان على
المكذب ولو كان الدال حلالا في الحرم لم يكن عليه شيء لما قلنا وسواء في ذلك الناسي والعامد
لانه ضمان يعتمد وجوبه الاتلاف فاشبه غرامات الاموال والمبتدئ والعائد سواء لان
الموجب لا يختلف قال والجزاء عند ابي حنيفة وابي يوسف ان يقوم الصيد في المكان الذي
قتل فيه او في اقرب المواضع منه اذا كان في برية فيقومه ذوا عدل ثم هو مخير في الفداء
ان شاء ابتاع بها هديا وان شاء اشترى بها طعاما وتصدق على كل مسكين نصف صاع
من بر او صاعا من تمر او صاعا من شعير وان شاء صام على ما نذكر وقال محمد والشافعي يجب
في الصيد النظير فيما له نظير ففي الظبي شاة وفي الضبع شاة وفي الارنب عناق وفي اليربوع
جفرة وفي النعامة بدنة وفي حمار الوحش بقرة لقوله تعالى فجزاء مثل ما قتل من النعم ومثله
من النعم ما يشبه المقتول صورة لان القيمة لا تكون نعما والصحابة رضي الله عنهم اوجبوا النظير
من حيث الخلقة والمنظر في النعامة والظبي وحمار الوحش والارنب على ما بينا وقال عليه السلام
الضبع صيد وفيه الشاة وما ليس له نظير عند محمد تجب القيمة مثل العصفور والحمام وما
واذا وجبت القيمة كان قوله كقولهما والشافعي يوجب في الحمامة شاة ويثبت المشابهة
بينهما من حيث ان كل واحد منهما يعب ويهدر ولابي حنيفة وابي يوسف ان المثل المطلق هو
المثل صورة ومعنى ولا يمكن الحمل عليه فحمل على المثل معنى لكونه معهودا في الشرع كما في حقوق
العباد او لكونه مرادا بالاجماع او لما فيه من التعميم وفي ضده التخصيص والمراد بالنص
والله اعلم فجزاء قيمة ما قتل من النعم الوحشي واسم النعم ينطلق على الوحشي والاهلي هكذا
قاله ابو عبيدة والاصمعي والمراد بما روي التقدير به دون ايجاب المعين ثم الخيار الى
القاتل في ان يجعله هديا او طعاما او صوما عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد والشافعي
الخيار الى الحكمين في ذلك فان حكما بالهدي يجب النظير على ما ذكرنا وان حكما بالطعام
او بالصيام فعلى ما قال ابو حنيفة وابو يوسف لهما ان التخيير شرع رفقا بمن عليه فيكون
الخيار اليه كما في كفارة اليمين ولمحمد والشافعي قوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم هديا
الآية ذكر الهدي منصوبا لانه تفسير لقوله تعالى يحكم به او مفعول لحكم الحكم ثم ذكر الطعام
والصيام بكلمة او فيكون الخيار اليهما قلنا الكفارة عطفت على الجزاء لا على الهدي
بدليل انه مرفوع وكذا قوله تعالى او عدل ذلك صياما مرفوع فلم يكن فيها دلالة اختيار

الحكمين

الآية
وذبحه ان بلغت هديا
حمار الوحش
واشباههما
كذا

الحكمين وانما يرجع اليهما في تقويم المتلف ثم الاختيار بعد ذلك الى من عليه ويقومان في المكان
الذي اصابه لاختلاف القيم باختلاف الاماكن فان كان الموضع برا لا يباع فيه الصيد
يعتبر اقرب المواضع اليه مما يباع فيه ويشترى قالوا والواحد يكفي والمثنى اولى لانه
احوط وابعد من الغلط كما في حقوق العباد وقيل يعتبر المثنى ههنا بالنص والهدي
لا يذبح الا بمكة لقوله تعالى هديا بالغ الكعبة ويجوز الاطعام في غيرها خلافا للشافعي
هو يعتبره بالهدي والجامع التوسعة على سكان الحرم ونحن نقول الهدي قربة غير معقولة
فيختص بمكان او زمان اما الصدقة فقربة معقولة في كل زمان ومكان والصوم يجوز في غير
مكة لانه قربة في كل مكان فان ذبح بالكوفة اجزاه من الطعام معناه اذا تصدق باللحم
وفيه وفاء بقيمة الطعام لان الاراقة لا تنوب عنه واذا وقع الاختيار على الهدي يهدي
ما يجزيه في الاضحية لان مطلق اسم الهدي منصرف اليه وقال محمد والشافعي يجزي صغار النعم
فيها لان الصحابة رضي الله تعالى عنهم اوجبوا عناقا وجفرة وعند ابي حنيفة وابي يوسف
يجوز الصغار على وجه الاطعام يعني اذا تصدق واذا وقع الاختيار على الطعام
يقوم المتلف بالطعام عندنا لانه هو المضمون فيعتبر قيمته واذا اشترى بالقيمة طعاما
تصدق على كل مسكين نصف صاع من بر او صاعا من تمر او شعير ولا يجوز ان يطعم لكل مسكين
اقل من نصف صاع لان الطعام المذكور ينصرف الى ما هو المعهود في الشرع وان
اختار الصيام يقوم المقتول طعاما ثم يصوم عن كل نصف صاع من بر او صاع من تمر او شعير
يوما لان تقدير الصيام بالمقتول غير ممكن اذ لا قيمة للصيام فقدرناه بالطعام
والتقدير على هذا الوجه معهود في الشرع كما في باب الفدية فان فضل من الطعام اقل
من نصف صاع فهو مخير ان شاء صام عنه يوما كاملا وان شاء تصدق به لان الصوم
اقل من يوم غير مشروع وكذلك ان كان الواجب دون طعام مسكين يطعم قدر الواجب
او يصوم يوما كاملا لما قلنا ولو جرح صيدا او نتف شعره او قطع عضوا منه ضمن
ما نقصه اعتبارا للبعض بالكل كما في حقوق العباد ولو نتف ريش طائر او قطع قوائم
صيد فخرج عن حيز الامتناع فعليه قيمته كاملا لانه فوت عليه الامن بتفويت آلة
الامتناع فيغرم جزاءه قال ومن كسر بيض نعامة فعليه قيمته وهذا مروي عن علي
وابن عباس رضي الله تعالى عنهم ولانه اصل الصيد وله عرضية ان يصير صيدا
فنزل منزلة الصيد احتياطا ما لم يفسد فان خرج من البيض فرخ ميت فعليه قيمته حيا وهذا
استحسان والقياس ان لا يغرم سوى البيضة لان حياة الفرخ غير معلومة وجه

لمسكين
كاملة
كاملة
الصيد
البيضة

الكسر فإن البيض معد ليخرج منه الفرخ الحي والكسر قبل أوانه سبب لموته فيحال به
عليه احتياطا وعلى هذا إذا ضرب بطن ظبية فألقت جنينا ميتا وماتت فعليه
قيمتهما وليس في قتل الغراب والحدأة والذئب والحية والعقرب والفأرة والكلب قيمتهما خ
العقور جزاء لقوله عليه السلام خمس من الفواسق يقتلن في الحل والحرم الحدأة والعقرب
والحية والفأرة والكلب العقور وقال عليه الصلاة والسلام يقتل المحرم الفأرة والغراب
والحدأة والعقرب والحية والكلب العقور وقد ذكر الذئب في بعض الروايات
وقيل المراد بالكلب العقور هو الذئب أو يقال إن الذئب في معناه والمراد بالغراب
الذي يأكل الجيف ويخلط لأنه يبتدئ بالأذى أما العقعق غير مستثنى
لأنه لا يسمى غرابا ولا يبتدئ بالأذى وعن أبي حنيفة أن الكلب العقور وغير العقور
والمستأنس والمستوحش منهما سواء لأن المعتبر في ذلك الجنس وكذا الفأرة الأهلية
والوحشية سواء والضب واليربوع ليسا من الخمسة المستثناة لأنهما لا يبتديان بالأذى
قال وليس في قتل البعوض والنمل والبراغيث والقراد شيء لأنها ليست بصيود
وليست بمتولدة من البدن ثم هي مؤذية بطباعها والمراد بالنمل السود أو الصفراء
الذي تؤذي وما لا يؤذي لا يحل قتلها ولكن لا يجب الجزاء للعلة الأولى ومن قتل التي خ
قملة تصدق بما شاء مثل كف من طعام لأنها متولدة من التفث الذي على البدن وفي
الجامع الصغير أطعم شيئا وهذا يدل على أنه يجزيه أن يطعم مسكينا شيئا يسيرا على سبيل
الإباحة وإن لم يكن مشبعا قال ومن قتل جرادة تصدق بما شاء لأن الجراد
من صيود البر فإن الصيد ما لا يمكن أخذه إلا بحيلة ويقصده الآخذ وتمرة خير صيد خ
من جرادة لقول عمر رضي الله عنه تمرة خير من جرادة ولا شيء عليه في ذبح السلحفاة
لأنه من الهوام والحشرات فأشبه الخنافس والوزغات ويمكن أخذه من غير حيلة
وكذا لا يقصد بالأخذ فلم يكن صيدا قال ومن حلب صيد الحرم فعليه قيمته لأن اللبن
من أجزاء الصيد فأشبه كله قال ومن قتل ما لا يؤكل لحمه من الصيد كالسباع ونحوها
فعليه الجزاء إلا ما استثناه الشرع وهو ما عددناه وقال الشافعي لا يجب الجزاء
لأنها جبلت على الإيذاء فدخلت في الفواسق المستثناة وكذا اسم الكلب يتناول السباع
بأسرها لغة ولنا أن السبع صيد لتوحشه وكونه مقصودا بالأخذ إما لجلده أو
ليصطاد به أو لدفع أذاه والقياس على الفواسق ممتنع لما فيه من إبطال العدد
واسم الكلب لا يقع على السبع عرفا والعرف أملك ولا يجاوز بقيمته شاة وقال زفر

أي أضبط وأقوى

يجب بالغة ما بلغت اعتبارا بمأكول اللحم ولنا قوله عليه السلام الضبع صيد وفيه الشاة ولأن
اعتبار قيمته لمكان الانتفاع بجلده لا لأنه محارب مؤذ ومن هذا الوجه لا يزداد
على قيمة الشاة ظاهرا قال وإذا صال السبع على المحرم فقتله لا شيء عليه وقال زفر
يجب عليه قيمته اعتبارا بالجمل الصائل ولنا ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قتل سبعا
وأهدى كبشا وقال إنا ابتدأناه ولأن المحرم ممنوع عن التعرض لا عن دفع الأذى
ولهذا كان مأذونا في دفع المتوهم من الأذى كما في الفواسق الخمس فلأن يكون
مأذونا في دفع المتحقق أولى ومع وجود الإذن من الشارع لا يجب الجزاء حقا له
بخلاف الجمل الصائل لأنه لا إذن من صاحب الحق وهو العبد قال وإن اضطر المحرم
إلى قتل صيد فقتله فعليه الجزاء لأن الإذن مقيد بالكفارة بالنص على ما تلونا من قبل
قال ولا بأس للمحرم أن يذبح الشاة والبقرة والبعير والدجاج والبط الأهلي
لأن هذه الأشياء ليست بصيود لعدم التوحش والمراد بالبط الذي يكون في المساكن
والحياض لأنه ألوف بأصل الخلقة قال ولو ذبح حماما مسرولا فعليه الجزاء
خلافا لمالك له أنه ألوف مستأنس ولا يمتنع بجناحه لبطء نهوضه ونحن نقول
الحمام متوحش بأصل الخلقة ممتنع بطيرانه وإن كان بطيء النهوض والاستيناس
عارض فلم يعتبر وكذا إذا قتل ظبيا مستأنسا لأنه صيد في الأصل فلا يبطله الاستيناس
كالبعير إذا ند لا يأخذ حكم الصيد في الحرمة على المحرم قال وإذا ذبح المحرم صيدا
فذبيحته ميتة لا يحل أكلها وقال الشافعي يحل ما ذبح المحرم لغيره لأنه عامل له فانتقل
فعله إليه ولنا أن الذكاة فعل مشروع وهذا فعل حرام فلا يكون ذكاة كذبيحة
المجوسي وهذا لأن المشروع هو الذي قام مقام المميز بين الدم واللحم تيسيرا فينعدم
بانعدامه قال فإن أكل المحرم الذابح من ذلك شيئا فعليه قيمة ما أكل عند أبي حنيفة
وقالا ليس عليه جزاء ما أكل فإن أكل منه محرم آخر فلا شيء عليه في قولهم جميعا
لهما أن هذه ميتة فلا يلزمه بأكلها إلا الاستغفار وصار كما إذا أكله محرم
غيره ولأبي حنيفة أن حرمته باعتبار كونه ميتة كما ذكرنا وباعتبار أنه محظور إحرامه
لأن إحرامه هو الذي أخرج الصيد عن المحلية والذابح عن الأهلية في حق الذكاة
فصارت حرمة التناول بهذه الوسائط مضافة إلى إحرامه بخلاف محرم آخر لأن مضافة خ
تناوله ليس من محظورات إحرامه قال ولا بأس بأن يأكل المحرم لحم صيد اصطاده
حلال وذبحه إذا لم يدل عليه المحرم ولا أمره بصيده خلافا لمالك فيما إذا اصطاده

الجزاء
عمر رضي الله عنه قتل سبعا

ولنا م

لا يحل للمحرم لقوله عليه السلام لا بأس بأكل المحرم لحم الصيد ما لم يصده او يصد له وقد روي
ان الصحابة رضي الله عنهم تذاكروا لحم الصيد في حق المحرم فقال عليه السلام لا بأس به واللام
فيما روي لام التمليك فيحمل على ان يهدى اليه الصيد دون اللحم او معناه ان يصاد بامره
ثم شرط عدم الدلالة وهذا تنصيص على ان الدلالة محرمة قالوا فيه روايتان ووجه
الحرمة حديث ابي قتادة وقد ذكرناه قال وفي صيد الحرم اذا ذبحه الحلال قيمته يتصدق بها
على الفقراء لان الصيد استحق الامن بسبب الحرم قال عليه السلام في حديث فيه طول ولا
ينفر صيدها ولا يجزيه الصوم لانها غرامة وليست بكفارة فاشبه ضمان الاموال وهذا
لانه يجب بتفويت وصف في المحل وهو الامن والواجب على المحرم بطريق الكفارة
جزاء على فعله لان الحرمة باعتبار معنى فيه وهو احرامه والصوم يصلح جزاء للافعال لا ضمان
المحال وقال زفر يجزيه الصوم اعتبارا بما وجب على المحرم والفرق قد ذكرناه وهل
يجزيه الهدي فيه روايتان قال ومن دخل الحرم بصيد فعليه ان يرسله فيه اذا كان في يده
خلافا للشافعي فانه يقول حق الشرع لا يظهر في مملوك العبد لحاجة العبد ولنا انه لما
حصل في الحرم وجب عليه ترك التعرض لحرمة الحرم اذ صار هو من صيد الحرم فاستحق الامن
لما روينا فان باعه رد البيع فيه ان كان قائما لان البيع لم يجز لما فيه من التعرض للصيد وذلك
حرام وان كان فائتا فعليه الجزاء لانه تعرض للصيد بتفويت الامن الذي استحقه وكذلك
بيع المحرم الصيد من محرم او حلال لما قلنا قال ومن احرم وفي بيته او في قفص معه صيد
فليس عليه ان يرسله وقال الشافعي عليه ان يرسله لانه متعرض للصيد بامساكه في ملكه فصار
كما اذا كان في يده ولنا ان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يحرمون وفي بيوتهم صيود
ودواجن ولم ينقل عنهم ارسالها وبذلك جرت العادة الفاشية وهي من احدى الحجج
ولان الواجب ترك التعرض وهو ليس بمتعرض من جهته لانه محفوظ بالبيت والقفص
لا به غير انه في ملكه ولو ارسله في مفازة فهو على ملكه فلا معتبر ببقاء الملك وقيل
اذا كان القفص في يده لزمه ارساله لكن على وجه لا يضيع قال فان اصاب حلال صيدا
ثم احرم فارسله من يده غيره يضمن عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن لان المرسل آمر
بالمعروف وناه عن المنكر وما على المحسنين من سبيل وله انه ملك الصيد بالاخذ ملكا
محترما فلا يبطل احترامه باحرامه وقد اتلفه المرسل فيضمنه بخلاف ما اذا اخذه في حالة
الاحرام لانه لم يملكه والواجب عليه ترك التعرض ويمكنه ذلك بان يخليه في بيته فاذا
قطع يده عنه كان متعديا ونظيره الاختلاف في كسر المعازف قال فان اصاب محرم صيدا

فارسله

٧١

فارسله من يده غيره لا ضمان عليه بالاتفاق لانه لم يملكه بالاخذ فان الصيد لم يبق محلا
للتمليك في حق المحرم لقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما فصار كما اذا اشترى
الخمر قال فان قتله محرم آخر في يده فعلى كل واحد منهما جزاؤه لان الآخذ متعرض للصيد
بتفويت الامن والقاتل مقرر لذلك والتقرير كالابتداء في حق التضمين كشهود الطلاق
قبل الدخول اذا رجعوا ويرجع الآخذ على القاتل وقال زفر لا يرجع لان الآخذ مؤاخذ
بصنعه فلا يرجع على غيره ولنا ان الآخذ انما يصير سببا للضمان عند اتصال الهلاك به
فهو بالقتل جعل فعل الآخذ علة فيكون في معنى مباشرة علة العلة فيحال بالضمان عليه
قال فان قطع حشيش الحرم او شجره الذي ليس بمملوك وهو مما لا ينبته الناس فعليه
قيمته الا فيما جف منه لان حرمتهما ثبتت بسبب الحرم قال عليه الصلوة والسلام لا يختلى خلاها
ولا يعضد شوكها ولا يكون للصوم في هذه القيمة مدخل لان حرمتها بسبب الحرم
لا بسبب الاحرام فكان من ضمان المحال على ما بينا ويتصدق بقيمته على الفقراء واذا اداها
ملكه كما في حقوق العباد ويكره بيعه بعد القطع لانه ملكه بسبب محظور شرعا فلو
اطلق له في بيعه لتطرق الناس الى مثله الا انه يجوز البيع مع الكراهة بخلاف الصيد والفرق
ما ذكرناه والذي ينبته الناس عادة عرفناه غير مستحق للامن بالاجماع ولان
المحرم المنسوب الى الحرم والنسبة اليه على الكمال عند عدم النسبة الى غيره بالانبات
وما لا ينبت عادة اذا انبته الناس التحق بما ينبت عادة ولو نبت بنفسه في ملك رجل
فعلى قاطعه قيمتان قيمة لحرمة الحرم حقا للشرع وقيمة اخرى ضمانا لمالكه كالصيد المملوك
في الحرم وما جف من شجر الحرم لا ضمان فيه لانه ليس بنام قال ولا يرعى حشيش الحرم
ولا يقطع الا الاذخر وقال ابو يوسف لا بأس بالرعي لان فيه ضرورة فان منع
الدواب عنه متعذر ولنا ما روينا والقطع بالمشافر كالقطع بالمناجل وحمل
الحشيش من الحل ممكن فلا ضرورة بخلاف الاذخر لانه استثناه رسول الله صلى الله عليه وسلم
فيجوز قطعه ورعيه وبخلاف الكمأة لانها ليست من جملة النبات قال وكل شيء فعله
القارن مما ذكرنا ان فيه على المفرد دما فعليه دمان دم لحجته ودم لعمرته وقال الشافعي
دم واحد بناء على انه محرم باحرام واحد عنده وعندنا باحرامين وقد مر من قبل
قال الا ان يتجاوز الميقات غير محرم بالعمرة او الحج فيلزمه دم واحد خلافا لزفر لان
المستحق عليه عند الميقات احرام واحد وبتاخير واجب واحد لا يجب الا جزاء واحد قال
واذا اشترك محرمان في قتل الصيد فعلى كل واحد منهما جزاء كامل لان كل واحد منهما

بالشركة يصير جانيا جناية تتفوقها الدلالة فيتعدد الجزاء بتعدد الجناية قال وإذا اشترك
حلالان في قتل صيد الحرم فعليهما جزاء واحد لأن الضمان بدل عن المحل لا جزاء على الجناية
فيتحد باتحاد المحل كرجلين قتلا رجلا خطأ يجب عليهما دية واحدة وعلى كل واحد منهما
كفارة قال وإذا باع المحرم الصيد أو ابتاعه فالبيع باطل لأن بيعه حيا تعرض للصيد
بتفويت الأمن وبيعه بعدما قتله بيع ميتة قال ومن أخرج ظبية من الحرم فولدت
أولادا فماتت هي وأولادها فعليه جزاؤهن لأن الصيد بعد الإخراج من الحرم بقي
مستحقا للأمن شرعا ولهذا وجب رده إلى مأمنه وهذه صفة شرعية فتسري إلى الولد
فإن أدى جزاءها ثم ولدت ليس عليه جزاء الولد لأن بعد أداء الجزاء لم تبق آمنة
لأن وصول الخلف كوصول الأصل

باب مجاوزة الوقت بغير إحرام

وإذا أتى
الكوفي بستان بني عامر فأحرم بعمرة فإن رجع إلى ذات عرق ولبى بطل عنه دم الوقت
فإن رجع إليه ولم يلب حتى دخل مكة وطاف لعمرته فعليه دم وهذا عند أبي حنيفة
وقالا إن رجع إليه محرما فليس عليه شيء لبى أو لم يلب وقال زفر لا يسقط لبى أو لم
يلب لأن جنايته لم ترتفع بالعود فصار كما إذا أفاض من عرفات ثم عاد إليه بعد الغروب
ولنا أنه تدارك في أوانه وذلك قبل الشروع في الأفعال فيسقط الدم بخلاف الإفاضة
لأنه لم يتدارك المتروك على ما مر غير أن التدارك عندهما بعوده محرما لأنه
أظهر حق الميقات كما إذا مر به محرما ساكتا وعنده بعوده محرما ملبيا لأن العزيمة
في الإحرام من دويرة أهله فإذا ترخص بالتأخير إلى الميقات وجب عليه قضاء حقه
بإنشاء التلبية فكان التلافي في عوده ملبيا وعلى هذا الخلاف إذا أحرم بحجة بعد
المجاوزة مكان العمرة في جميع ما ذكرنا. ولو عاد بعدما ابتدأ الطواف واستلم الحجر
لا يسقط عنه الدم بالاتفاق ولو عاد إليه قبل الإحرام يسقط بالاتفاق وهذا
الذي ذكرنا إذا كان يريد الحج أو العمرة فإن دخل البستان لحاجة فله أن يدخل
مكة بغير إحرام ووقته البستان وهو وصاحب المنزل سواء لأن البستان غير واجب
التعظيم فلا يلزمه الإحرام بقصده وإذا دخله التحق بأهله وللبستاني أن يدخل مكة
بغير إحرام للحاجة فكذلك له والمراد بقوله ووقته البستان جميع الحل الذي بينه
وبين الحرم وقد مر من قبل فكذا وقت الداخل الملتحق به فإن أحرما من الحل ووقفا بعرفة
لم يكن عليهما شيء يريد به البستاني والداخل فيه لأنهما أحرما من ميقاتهما قال ومن
دخل مكة بغير إحرام ثم خرج من عامه ذلك إلى الوقت وأحرم بحجة عليه أجزأه

من

من دخول مكة بغير إحرام وقال زفر لا يجزيه وهو القياس اعتبارا بما لزمه بسبب النذر
وصار كما إذا تحولت السنة ولنا أنه تلافى المتروك في وقته لأن الواجب عليه
تعظيم هذه البقعة بالإحرام كما إذا أتاه محرما بحجة الإسلام في الابتداء بخلاف ما إذا
تحولت السنة لأنه صار دينا في ذمته فلا يتأدى إلا بإحرام مقصود كما في الاعتكاف
المنذور فإنه يتأدى بصوم رمضان من هذه السنة دون العام الثاني قال ومن
جاوز الوقت فأحرم بعمرة فأفسدها مضى فيها وقضاها لأن الإحرام يقع لازما
فصار كما إذا أفسد الحج وليس عليه دم لترك الوقت وعلى قياس قول زفر لا يسقط
عنه الدم وهو نظير الاختلاف في فائت الحج إذا جاوز الوقت بغير إحرام وفيمن
جاوز الوقت بغير إحرام فأحرم بالحج ثم أفسد حجه هو يعتبر المجاوزة هذه بغيرها
من المحظورات ولنا أنه يصير قاضيا حق الميقات بالإحرام منه في القضاء وهو يحكي
الفائت ولا ينجبر بغيره من المحظورات فوضح الفرق قال وإذا خرج المكي يريد
الحج فأحرم ولم يعد إلى الحرم ووقف بعرفة فعليه شاة لأن وقته الحرم وقد
جاوزه بغير إحرام فإن عاد إلى الحرم ولبى أو لم يلب فهو على الخلاف الذي ذكرناه
في الآفاقي قال والمتمتع إذا فرغ من عمرته ثم خرج من الحرم فأحرم بالحج ووقف بعرفة
فعليه دم لأنه لما دخل مكة وأتى بأفعال العمرة صار بمنزلة المكي وإحرام المكي في الحج
من الحرم لما ذكرنا فيلزمه الدم بتأخيره عنه فإن رجع إلى الحرم فأهل فيه قبل أن
يقف بعرفة فلا شيء عليه وهو على الخلاف الذي تقدم في الآفاقي

باب إضافة الإحرام إلى الإحرام

قال أبو حنيفة إذا أحرم المكي بعمرة وطاف لها شوطا ثم
أحرم بالحج فإنه يرفض الحج وعليه دم لرفضه وعليه حجة وعمرة وقال أبو يوسف
ومحمد رفض العمرة أحب إلينا وقضاؤها وعليه دم لأنه لا بد من رفض أحدهما لأن
الجمع بينهما في حق المكي غير مشروع والعمرة أولى بالرفض لأنها أدنى حالا وأقل
أعمالا وأيسر قضاء لكونها غير موقتة وكذا إذا أحرم بالعمرة ثم بالحج ولم يأت
بشيء من أفعال العمرة لما قلنا وإن طاف للعمرة أربعة أشواط ثم أحرم بالحج رفض الحج
بلا خلاف لأن للأكثر حكم الكل فيتعذر رفضها كما إذا فرغ منها ولا كذلك
إذا طاف للعمرة أقل من ذلك عند أبي حنيفة وله أن إحرام العمرة قد تأكد بأداء شيء
من أعمالها وإحرام الحج لم يتأكد ورفض غير المتأكد أيسر ولأن في رفض العمرة والحالة
هذه إبطال العمل وفي رفض الحج امتناع عنه وعليه دم بالرفض أيهما رفضه لأنه تحلل

قيل لانه لتعذر المضي فيه فكان في معنى المحصر الا ان في رفض العمرة قضاءها لا غير
وفي رفض الحج قضاؤه وعمرة لانه في معنى فائت الحج وان مضى عليهما اجزاه لانه
ادى افعالهما كما التزمهما غير انه منهي عنهما والنهي لا يمنع تحقق الفعل على ما عرف من اصلنا
وعليه دم لجمعه بينهما لانه تمكن النقصان في عمله لارتكابه المنهي عنه وهذا في حق المكي
دم جبر وفي حق الافاقي دم شكر قال ومن احرم بالحج ثم احرم يوم النحر بحجة اخرى
فان حلق في الاولى لزمته الاخرى ولا شيء عليه وان لم يحلق في الاولى لزمته
الاخرى وعليه دم قصر او لم يقصر عند ابي حنيفة وقالا ان لم يقصر فلا شيء عليه
لان الجمع بين احرامي الحج او احرامي العمرة بدعة فاذا حلق فهو وان كان نسكا في الاحرام
الاول فهو جناية على الثاني لانه في غير اوانه فلزمه الدم بالاجماع وان لم يحلق
حتى حج في العام القابل فقد اخر الحلق عن وقته في الاحرام الاول وذلك يوجب
الدم عند ابي حنيفة وعندهما لا يلزمه شيء لما ذكرنا فلهذا سوى بين المقصر وغيره — على خ
عنده وشرط التقصير عندهما قال ومن فرغ من عمرته الا التقصير فاحرم باخرى
فعليه دم لاحرامه قبل الوقت لانه جمع بين احرامي العمرة وهذا مكروه فيلزمه الدم
وهو دم جبر وكفارة قال ومن اهل بالحج ثم احرم بعمرة لزماه لان الجمع بينهما
مشروع في حق الافاقي والمسألة فيه فيصير بذلك قارنا لكنه اخطأ السنة
فيصير مسيئا فلو وقف بعرفات ولم يأت بافعال العمرة فهو رافض لعمرته لانه تعذر
عليه اداؤها اذ هي مبنية على الحج غير مشروعة فاذا توجه اليها لم يكن رافضا حتى — فان خ
يقف وقد ذكرناه من قبل قال فان طاف للحج ثم احرم بعمرة فمضى عليهما لزماه
وعليه دم لجمعه بينهما لان الجمع بينهما مشروع على ما مر فصح الاحرام بهما والمراد بهذا
الطواف طواف التحية وانه سنة وليس بركن حتى لا يلزمه بتركه شيء واذا لم يأت — حتى م
بما هو ركن يمكنه ان يأتي بافعال العمرة ثم بافعال الحج فلهذا لو مضى عليهما جاز
وعليه دم لجمعه بينهما وهو دم كفارة وجبر وهو الصحيح لانه بان افعال العمرة
على افعال الحج من وجه ويستحب ان يرفض عمرته لان احرام الحج قد تأكد بشيء من اعماله
بخلاف ما اذا لم يطف للحج واذا رفض عمرته يقضيها لصحة الشروع فيها وعليه دم لرفضها — اذا م
قال ومن اهل بعمرة في يوم النحر او في ايام التشريق لزمته لما قلنا ويرفضها اي يلزمه
الرفض لانه قد ادى ركن الحج فيصير بانيا افعال العمرة على افعال الحج من كل وجه وقد كرهت — على افعال الحج م
العمرة في هذه الايام ايضا على ما نذكر فلهذا يلزمه رفضها فان رفضها فعليه دم

لرفضها

لرفضها وعمرة مكانها لما بينا وان مضى عليها اجزاه لان الكراهة لمعنى في غيرها
وهو كونه مشغولا في هذه الايام باداء بقية اعمال الحج فيجب تخليص الوقت له تعظيما
وعليه دم لجمعه بينهما اما في الاحرام او في الاعمال الباقية قالوا وهذا دم كفارة ايضا
وقيل اذا حلق للحج ثم احرم لا يرفضها على ظاهر ما ذكر في الاصل وقيل يرفضها
المنهي عنه خ — احترازا عن النهي قال الفقيه ابو جعفر ومشايخنا رحمهم الله تعالى على هذا قال ومن فاته الحج
ثم احرم بعمرة او بحجة فانه يرفضها لان فائت الحج يتحلل بافعال العمرة من غير ان
ينقلب احرامه احرام العمرة على ما يأتيك في باب الفوات ان شاء الله فيصير جامعا بين
من حيث الافعال وان خ — العمرتين من حيث الافعال فعليه ان يرفضها كما لو احرم بعمرتين فان احرم بحجة فانه يصير
جامعا بين الحجتين احراما فعليه ان يرفضها كما لو احرم بحجتين وعليه قضاؤها لصحة الشروع
فيها ودم لرفضها بالتحلل قبل اوانه

باب الاحصار

واذا احصر المحرم
بعدو او اصابه مرض فمنعه من المضي جاز له التحلل وقال الشافعي لا يكون الاحصار
الا بالعدو لان التحلل بالهدي شرع في حق المحصر لتحصيل النجاة وبالاحلال ينجو من العدو
لا من المرض ولنا ان اية الاحصار وردت في الاحصار بالمرض باجماع اهل اللغة
فانهم قالوا الاحصار بالمرض والحصر بالعدو والتحلل قبل اوانه لدفع الحرج الاتي
من قبل امتداد الاحرام والحرج في الاصطبار عليه مع المرض اعظم واذا جاز
له التحلل يقال له ابعث شاة تذبح في الحرم وواعد من تبعثه بيوم بعينه تذبح فيه
ثم تحلل وانما يبعث الى الحرم لان دم الاحصار قربة والاراقة لم تعرف قربة الا في
زمان او مكان على ما مر فلا يقع قربة دونه فلا يقع به التحلل واليه الاشارة
بقوله تعالى ولا تحلقوا رؤوسكم حتى يبلغ الهدي محله فان الهدي اسم لما يهدى الى الحرم
وقال الشافعي لا يتوقت به لانه شرع رخصة والتوقيت يبطل التخفيف قلنا
المراعى اصل التخفيف لا نهايته وتجوز الشاة لان المنصوص عليه الهدي
وادناه الشاة وتجزيه البقرة والبدنة او سبعهما كما في الضحايا وليس المراد بما
ذكرنا بعث الشاة بعينها لان ذلك قد يتعذر بل له ان يبعث بالقيمة حتى تشترى
عليه خ م — الشاة هنالك وتذبح عنه وقوله ثم تحلل اشارة الى انه ليس على المحصر الحلق والتقصير
وهو قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف عليه ذلك ولو لم يفعل لا شيء عليه لانه
عليه السلام حلق عام الحديبية وكان محصرا بها وامر اصحابه بذلك ولهما ان الحلق
مرتبا خ — انما عرف قربة مرتبا على افعال الحج فلا يكون نسكا قبلها وفعل النبي عليه الصلاة والسلام

واصحابه ليعرف استحكام عزيمتهم على الانصراف قال فان كان قارنا بعث بدمين
لاحتياجه الى التحلل عن احرامين فان بعث بهدي واحد ليتحلل عن الحج ويبقى في احرام
العمرة لم يتحلل عن واحد منهما لان التحلل منهما شرع في حالة واحدة قال ولا يجوز ذبح
دم الاحصار الا في الحرم ويجوز ذبحه قبل يوم النحر عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز
الذبح للمحصر بالحج الا في يوم النحر ويجوز للمحصر بالعمرة متى شاء اعتبارا بهدي المتعة و [في الحج]
القران وربما يعتبرانه بالحلق اذ كل واحد منهما محلل ولابي حنيفة انه دم كفارة
حتى لا يجوز الاكل منه فيختص بالمكان دون الزمان كسائر دماء الكفارات بخلاف دم
المتعة والقران لانه دم نسك وبخلاف الحلق لانه في اوانه لان معظم افعال الحج وهو
الوقوف ينتهي به والمحصر بالحج اذا تحلل فعليه حجة وعمرة هكذا روي عن ابن عباس وابن عمر
ولان الحج يجب قضاؤه لصحة الشروع والعمرة لما انه في معنى فائت الحج وعلى المحصر بالعمرة
القضاء والاحصار عنها يتحقق عندنا وقال مالك لا يتحقق لانها لا تتوقت قلنا ان النبي
صلى الله عليه وسلم واصحابه رضي الله عنهم احصروا بالحديبية وكانوا عمارا ولان
شرع التحلل لدفع الحرج وهذا موجود في احرام العمرة واذا تحقق الاحصار فعليه القضاء
اذا تحلل كما في الحج وعلى القارن حجة وعمرتان اما الحج واحداهما فلما بينا واما الثانية
فلانه خرج منها بعد صحة الشروع قال فان بعث القارن هديا وواعدهم ان يذبحوه
في يوم بعينه ثم زال الاحصار فان كان لا يدرك الحج والهدي لا يلزمه ان يتوجه
بل يصبر حتى يتحلل بنحر الهدي لفوات المقصود من التوجه وهو اداء الافعال [يتحلل]
وان توجه ليتحلل بافعال العمرة له ذلك لانه فائت الحج وان كان يدرك الحج والهدي
لزمه التوجه لزوال العجز قبل حصول المقصود بالخلف واذا ادرك هديه صنع به ما شاء
لانه ملكه وقد كان عينه لمقصود استغنى عنه وان كان يدرك الهدي دون الحج
تحلل لعجزه عن الاصل وان كان يدرك الحج دون الهدي جاز له التحلل استحسانا وهذا
التقسيم لا يستقيم على قولهما في المحصر بالحج لان دم الاحصار عندهما يتوقت بيوم النحر
فمن يدرك الحج يدرك الهدي وانما يستقيم على قول ابي حنيفة وفي المحصر بالعمرة يستقيم
بالاتفاق لعدم توقت الدم بيوم النحر وجه القياس وهو قول زفر انه قدر على الاصل
وهو الحج قبل حصول المقصود بالبدل وهو الهدي وجه الاستحسان انا لو الزمناه التوجه
لضاع ماله لان المبعوث على يديه الهدي يذبحه ولا يحصل مقصوده وحرمة المال
كحرمة النفس وله الخيار ان شاء صبر في ذلك المكان او في غيره ليذبح عنه فيتحلل وان شاء توجه

[ليؤدي]

ليؤدي النسك الذي التزمه بالاحرام وهو افضل لانه اقرب الى الوفاء بما وعد قال
ومن وقف بعرفة ثم احصر لا يكون محصرا لوقوع الامن عن الفوات قال ومن احصر
بمكة وهو ممنوع عن الطواف والوقوف فهو محصر لانه تعذر عليه الاتمام فصار كما
اذا احصر في الحل وان قدر على احدهما فليس بمحصر اما على الطواف فلان فائت الحج
يتحلل به والدم بدل عنه في التحلل واما على الوقوف فلما بينا وقد قيل في هذه المسئلة
خلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف والصحيح ما اعلمتك من التفصيل

باب الفوات

ومن احرم بالحج وفاته الوقوف بعرفة حتى طلع الفجر من يوم النحر فقد فاته الحج لما ذكرنا
ان وقت الوقوف يمتد اليه وعليه ان يطوف ويسعى ويتحلل ويقضي الحج من قابل ولا دم عليه
لقوله عليه السلام من فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فليتحلل بعمرة وعليه الحج من قابل والعمرة
ليست الا الطواف والسعي ولان الاحرام بعدما انعقد صحيحا لا طريق للخروج عنه الا
[باداء] احد النسكين كما في الاحرام المبهم وههنا عجز عن الحج فتتعين عليه العمرة ولا دم عليه لان
التحلل وقع بافعال العمرة وكانت في حق فائت الحج بمنزلة الدم في حق المحصر فلا يجمع
بينهما قال والعمرة لا تفوت وهي جائزة في جميع السنة الا خمسة ايام يكره فيها فعلها
وهي يوم عرفة ويوم النحر وايام التشريق لما روي عن عائشة رضي الله عنها انها كانت
تكره العمرة في هذه الايام الخمسة ولان هذه ايام الحج فكانت متعينة له وعن ابي يوسف
انه لا تكره في يوم عرفة قبل الزوال لان دخول وقت ركن الحج بعد الزوال لا قبله قال
والاظهر من المذهب ما ذكرناه ولكن مع هذا لو اداها في هذه الايام صح ويبقى محرما بها فيها
لان الكراهة لغيرها وهو تعظيم امر الحج وتخليص وقته له فيصح الشروع والعمرة سنة
وقال الشافعي فريضة لقوله عليه السلام العمرة فريضة كفريضة الحج ولنا قوله عليه الصلاة والسلام
الحج فريضة والعمرة تطوع ولانها غير موقتة بوقت وتتأدى بنية غيرها كما في فائت الحج
وهذه امارة النفلية وتأويل ما رواه انها مقدرة باعمال كالحج اذ لا تثبت الفريضة [الوصفه ٤ م]
مع التعارض في الآثار قال وهي الاحرام والطواف والسعي وقد ذكرناه في باب التمتع

باب الحج عن الغير

[الباب ٤] الاصل في هذا الباب ان الانسان له ان يجعل ثواب عمله لغيره صلوة او صوما
او صدقة او غيرها عند اهل السنة والجماعة لما روي عن النبي عليه الصلوة والسلام انه ضحى
بكبشين املحين احدهما عن نفسه والآخر عن امته ممن اقر بوحدانية الله تعالى وشهد له
بالبلاغ جعل تضحية احدى الشاتين لامته والعبادات انواع مالية محضة كالزكوة
وبدنية محضة كالصلوة ومركبة عنهما كالحج والنيابة تجري في النوع الاول في حالتي

الوجهين وهو الضرورة لحصول المقصود بفعل النائب ولا تجري في النوع الثاني بحال لان المقصود هو اتعاب النفس لا يحصل به وتجري في النوع الثالث عند العجز للمعنى الثاني وهو المشقة بتنقيص المال ولا تجري عند القدرة لعدم اتعاب النفس والشرط العجز الدائم الى وقت الموت لان الحج فرض العمر وفي الحج النفل تجوز الانابة حالة القدرة لان باب النفل اوسع ثم ظاهر المذهب ان الحج يقع عن المحجوج عنه وبذلك تشهد الاخبار الواردة في الباب كحديث الخثعمية فان النبي صلى الله تعالى عليه وسلم قال فيه حجي عن ابيك واعتمري وعن محمد ان الحج يقع عن الحاج وللآمر ثواب النفقة لانه عبادة بدنية وعند العجز اقيم الانفاق مقامه كالفدية في باب الصوم قال ومن امره رجلان ان يحج عن كل واحد منهما حجة فاهل بحجة عنهما فهي عن الحاج ويضمن النفقة لان الحج يقع عن الآمر حتى لا يخرج الحاج عن حجة الاسلام وكل واحد منهما امره ان يخلص الحج له من غير اشتراك ولا يمكن ايقاعه عن احدهما لعدم الاولوية فيقع عن المأمور ولا يمكنه ان يجعل عن احدهما بعد ذلك بخلاف ما اذا حج عن ابويه فان له ان يجعل عن ايهما شاء لانه متبرع بجعل ثواب عمله لاحدهما او لهما فيبقى على خياره بعد وقوعه سببا للثواب وههنا يفعل بحكم الآمر وقد خالف امرهما فيقع عنه ويضمن النفقة ان انفق من مالهما لانه صرف نفقة الآمر الى حج نفسه وان ابهم الاحرام بان نوى عن احدهما غير معين فان مضى على ذلك صار مخالفا لعدم الاولوية فان عين احدهما قبل المضي فكذلك عند ابي يوسف وهو القياس لانه مأمور بالتعيين والابهام يخالفه فيقع عن نفسه بخلاف ما اذا لم يعين حجة او عمرة حيث كان له ان يعين ما شاء لان الملتزم هناك مجهول وههنا المجهول من له الحق وجه الاستحسان ان الاحرام شرع وسيلة الى الافعال لا مقصودا بنفسه والمبهم يصلح وسيلة بواسطة التعيين فاكتفي به شرطا بخلاف ما اذا ادى الافعال على الابهام لان المؤدى لا يحتمل التعيين فصار مخالفا فان امره غيره ان يقرن عنه فالدم على من احرم لانه وجب شكرا لما وفقه الله تعالى من الجمع بين النسكين والمأمور هو المختص بهذه النعمة لان حقيقة الفعل منه وهذه المسئلة تشهد بصحة المروي عن محمد ان الحج يقع عن المأمور وكذلك ان امره واحد بان يحج عنه والآخر بان يعتمر عنه واذنا له بالقران فالدم عليه لما قلنا ودم الاحصار على الآمر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف على الحاج لانه وجب للتحلل دفعا لضرر امتداد الاحرام وهذا الضرر راجع اليه فيكون الدم عليه ولهما ان الآمر هو الذي ادخله في هذه العهدة

فعليه

فعليه خلاصه فان كان يحج عن ميت فاحصر فالدم في مال الميت عندهما خلافا لابي يوسف ثم قيل هو من ثلث مال الميت لانه صلة كالزكوة وغيرها وقيل من جميع المال لانه وجب حقا للمأمور فصار دينا ودم الجماع على الحاج لانه دم جناية وهو الجاني عن اختيار ويضمن النفقة معناه اذا جامع قبل الوقوف حتى فسد حجه لان الصحيح هو المأمور به بخلاف ما اذا فاته الحج حيث لا يضمن النفقة لانه ما فاته باختياره اما اذا جامع بعد الوقوف لا يفسد حجه ولا يضمن النفقة لحصول مقصود الآمر وعليه الدم في ماله لما بينا وكذلك سائر دماء الكفارات على الحاج لما قلنا قال ومن اوصى بان يحج عنه فاحجوا عنه رجلا فلما بلغ الكوفة مات او سرقت نفقته وقد انفق النصف يحج عن الميت من منزله من ثلث ما بقي وهذا عند ابي حنيفة وقالا يحج عنه من حيث مات الاول فالكلام ههنا في اعتبار الثلث وفي مكان الحج اما الاول فالمذكور قول ابي حنيفة اما عند محمد يحج عنه بما بقي من المال المدفوع اليه ان بقي شيء والا بطلت الوصية اعتبارا بتعيين الموصي اذ تعيين الوصي كتعيينه وعند ابي يوسف يحج عنه بما بقي من الثلث الاول لانه هو المحل لنفاذ الوصية ولابي حنيفة ان قسمة الوصي وعزله المال لا يصح الا بالتسليم الى الوجه الذي سماه الموصي لانه لا خصم له ليقبض ولم يوجد التسليم الى ذلك الوجه فصار كما اذا هلك قبل الافراز والعزل فيحج بثلث ما بقي واما الثاني فوجه قول ابي حنيفة وهو القياس ان القدر الموجود من السفر قد بطل في حق احكام الدنيا قال عليه الصلوة والسلام اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا عن ثلث الحديث وتنفيذ الوصية من احكام الدنيا فبقيت الوصية من وطنه كان لم يوجد الخروج وجه قولهما وهو الاستحسان ان سفره لم يبطل لقوله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا الى الله ورسوله الاية وقال عليه السلام من مات في طريق الحج كتب له حجة مبرورة في كل سنة واذا لم يبطل سفره اعتبرت الوصية من ذلك المكان واصل الاختلاف في الذي يحج بنفسه ويبتنى على ذلك المأمور بالحج قال ومن اهل بحج عن ابويه يجزيه ان يجعله عن احدهما لان من حج عن غيره بغير امره فانما يجعل ثواب حجه له وذلك بعد اداء الحج فلغت نيته قبل ادائه وصح جعله ثوابه لاحدهما بعد الاداء بخلاف المأمور على ما مر من قبل

باب الهدي

الهدي ادناه شاة لما روي انه عليه السلام سئل عن الهدي فقال ادناه شاة وهو من ثلثة انواع الابل والبقر والغنم لانه عليه السلام لما جعل الشاة ادنى لا بد ان يكون له اعلى وهو البقر والجزور ولان الهدي ما يهدى الى الحرم ليتقرب به فيه والاصناف الثلثة سواء في هذا المعنى قال ولا يجوز في الهدايا الا ما جاز في الضحايا لانه قربة تعلقت باراقة الدم كالاضحية فيتخصصان بمحل واحد والشاة جائزة في كل شيء

الا في موضعين من طاف طواف الزيارة جنبا ومن جامع بعد الوقوف فانه لا يجوز فيهما الا
البدنة وقد بينا المعنى فيما سبق قال ويجوز الاكل من هدي التطوع والمتعة والقران لانه
دم نسك فيجوز الاكل منها بمنزلة الاضحية وقد صح ان النبي عليه السلام اكل من لحم هديه وحسا
من المرقة ويستحب له ان ياكل منها لما روينا وكذا يستحب ان يتصدق على الوجه الذي عرف
في الضحايا ولا يجوز الاكل من بقية الهدايا لانها دماء كفارات وقد صح ان النبي عليه السلام
لما أحصر بالحديبية وبعث الهدايا على يدي ناجية الاسلمي رضي الله عنه قال له لا تأكل انت
ورفقتك منها شيئا قال ولا يجوز ذبح هدي التطوع والمتعة والقران الا في يوم النحر قال رضي
وفي الاصل يجوز ذبح دم التطوع قبل يوم النحر وذبحه يوم النحر افضل وهذا هو الصحيح لان القربة
في التطوعات باعتبار انها هدايا وذلك يتحقق بتبليغها الى الحرم فاذا وجد ذلك جاز
ذبحها في غير يوم النحر وفي ايام النحر افضل لان معنى القربة في اراقة الدم فيها اظهر اما دم المتعة
والقران فلقوله تعالى فكلوا منها واطعموا البائس الفقير ثم ليقضوا تفثهم وقضاء التفث يختص
بيوم النحر ولانه دم نسك فيختص بيوم النحر كالاضحية ويجوز ذبح بقية الهدايا في اي وقت شاء
وقال الشافعي لا يجوز الا في يوم النحر اعتبارا بدم المتعة والقران فان كل واحد منهما دم جبر عنده
ولنا ان هذه دماء كفارات فلا تختص بيوم النحر لانها لما وجبت لجبر النقصان كان التعجيل بها اولى
لارتفاع النقصان به من غير تاخير بخلاف دم المتعة والقران لانه دم نسك قال ولا يجوز
ذبح الهدايا الا في الحرم لقوله تعالى في جزاء الصيد هديا بالغ الكعبة فصار اصلا في كل دم
هو كفارة ولان الهدي اسم لما يهدى الى مكان ومكانه الحرم قال عليه السلام منى كلها منحر
وفجاج مكة كلها منحر قال ويجوز ان يتصدق بها على مساكين الحرم وغيرهم خلافا للشافعي لان الصدقة
قربة معقولة والصدقة على كل فقير قربة قال ولا يجب التعريف بالهدايا لان الهدي ينبئ عن النقل
الى مكان ليتقرب باراقة دمه فيه لا عن التعريف فلا يجب فان عرف بهدي المتعة فحسن
لانه موقت بيوم النحر فعسى ان لا يجد من يمسكه فيحتاج الى ان يعرف به ولانه دم نسك فيكون
مبناه على التشهير بخلاف دماء الكفارات لانه يجوز ذبحها قبل يوم النحر على ما ذكرنا
وسببها الجناية فيليق بها الستر قال والافضل في البدن النحر وفي الغنم والبقر الذبح
لقوله تعالى فصل لربك وانحر قيل في تاويله الجزور وقال تعالى ان تذبحوا بقرة وقال تعالى
وفديناه بذبح عظيم والذبح ما اعد للذبح وقد صح ان النبي عليه الصلاة والسلام نحر الابل
وذبح البقر والغنم ثم ان شاء نحر الابل في الهدايا قياما او اضجعها واي ذلك فعل فهو
حسن والافضل ان ينحرها قياما لما روي انه عليه السلام نحر الهدايا قياما واصحابه كانوا

ينحر

ينحرونها قياما معقولة اليد اليسرى ولا يذبح البقر والغنم قياما لان في حالة الاضطجاع
المذبح ابين فيكون الذبح ايسر والذبح هو السنة فيهما والاولى ان يتولى الانسان ذبحها بنفسه
ان كان يحسن الذبح لما روي ان النبي عليه السلام ساق مائة بدنة في حجة الوداع فنحر نيفا وستين
بنفسه وولى الباقي عليا رضي الله عنه ولانه قربة والتولي في القربات اولى لما فيه
من زيادة الخشوع الا ان الانسان قد لا يهتدي لذلك ولا يحسنه فجوزنا توليته غيره قال
ويتصدق بجلالها وخطامها ولا يعطي اجرة الجزار منها لقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه
تصدق بجلالها وخطامها ولا تعط اجر الجزار منها ومن ساق بدنة فاضطر الى ركوبها
ركبها وان استغنى عن ذلك لم يركبها لانه جعلها خالصة لله تعالى فما ينبغي ان يصرف شيئا
من عينها او منافعها الى نفسه الى ان يبلغ محله الا ان يحتاج الى ركوبها لما روي ان النبي عليه السلام
رأى رجلا يسوق بدنة فقال اركبها ويلك وتأويله انه كان عاجزا محتاجا ولو ركبها فانتقص
بركوبه فعليه ضمان ما نقص من ذلك قال وان كان لها لبن لم يحلبها لان اللبن متولد
منها فلا يصرفه الى حاجة نفسه وينضح ضرعها بالماء البارد حتى ينقطع اللبن ولكن
هذا اذا كان قريبا من وقت الذبح فان كان بعيدا منه يحلبها ويتصدق بلبنها
كيلا يضر ذلك بها فان صرفه الى حاجة نفسه تصدق بمثله او بقيمته لانه مضمون عليه قال
ومن ساق هديا فعطب فان كان تطوعا فليس عليه غيره لان القربة تعلقت بهذا المحل
وقد فات وان كان عن واجب فعليه ان يقيم غيره مقامه لان الواجب باق في ذمته وان
اصابه عيب كبير يقيم غيره مقامه لان المعيب بمثله لا يتأدى به الواجب فلا بد من غيره
وصنع بالمعيب ما شاء لانه التحق بسائر املاكه قال واذا عطبت البدنة في الطريق فان كانت
تطوعا نحرها وصبغ نعلها بدمها وضرب بها صفحة سنامها ولم يأكل هو منها ولا غيره
من الاغنياء بذلك امر رسول الله صلى الله عليه وسلم ناجية الاسلمي رض والمراد بالنعل
قلادتها وفائدة ذلك ان يعلم الناس انه هدي فيأكل منه الفقراء دون الاغنياء وهذا لان
الاذن بتناوله معلق بشرط بلوغه محله فينبغي ان لا يحل قبل ذلك اصلا الا ان التصدق
على الفقراء افضل من ان يتركه جزرا للسباع وفيه نوع تقرب والتقرب هو المقصود فان كانت
واجبة اقام غيرها مقامها وصنع بها ما شاء لانه لم يبق صالحا لما عينه وهو ملكه كسائر
املاكه قال ويقلد هدي التطوع والمتعة والقران لانه دم نسك وفي التقليد اظهاره
وتشهيره فيليق به ولا يقلد دم الاحصار ولا دم الجنايات لان سببها الجناية والستر اليق بها
ودم الاحصار جابر فيلحق بجنسها ثم ذكر الهدي ومراده البدنة لانه لا يقلد الشاة عادة

جاز

ولا يسن تقليدها عندنا لعدم فائدة التقليد على ما تقدم **مسائل منثورة** اهل عرفة اذا وقفوا
في يوم وشهد قوم انهم وقفوا يوم النحر اجزأهم والقياس ان لا يجزيهم اعتبارا بما اذا وقفوا
يوم التروية وهذا لانه عبادة تختص بزمان ومكان فلا يقع عبادة دونهما وجه الاستحسان
ان هذه شهادة قامت على النفي وعلى امر لا يدخل تحت الحكم لان المقصود منها نفي حجهم والحج
لا يدخل تحت الحكم فلا تقبل ولان فيه بلوى عاما لتعذر الاحتراز عنه والتدارك غير ممكن
وفي الامر بالاعادة حرج بين فوجب ان يكتفى به عند الاشتباه بخلاف ما اذا وقفوا يوم التروية
لان التدارك ممكن في الجملة بان يزول الاشتباه في يوم عرفة ولان جواز المؤخر له نظير ولا
كذلك جواز المقدم قالوا ينبغي للحاكم ان لا يسمع هذه الشهادة ويقول قد تم حج الناس
فانصرفوا لانه ليس فيها الا ايقاع الفتنة وكذلك اذا شهدوا عشية عرفة برؤية الهلال
ولا يمكنه الوقوف في بقية الليل مع الناس او اكثرهم لم يعمل بتلك الشهادة قال ومن رمى في
اليوم الثاني الجمرة الوسطى والثالثة ولم يرم الاولى فان رمى الاولى ثم الباقيتين
فحسن لانه راعى الترتيب المسنون ولو رمى الاولى وحدها اجزأه لانه تدارك المتروك في وقته
وانما ترك الترتيب وقال الشافعي لا يجزيه ما لم يعد الكل لانه شرع مرتبا فصار كما اذا سعى
قبل الطواف او بدأ بالمروة قبل الصفا ولنا ان كل جمرة قربة مقصودة بنفسها فلا يتعلق
الجواز بتقديم البعض بخلاف السعي لانه تابع للطواف لانه دونه والمروة عرفت منتهى على البعض
السعي بالنص فلا يتعلق به الابتداء قال ومن جعل على نفسه ان يحج ماشيا فانه لا يركب
حتى يطوف طواف الزيارة وفي الاصل خيره بين الركوب والمشي وهذا اشارة الى الوجوب
وهو الاصل لانه التزم القربة بصفة الكمال فتلزمه بتلك الصفة كما اذا نذر الصوم متتابعا و
افعال الحج تنتهي بطواف الزيارة فيمشي الى ان يطوفه ثم قيل يبتدئ المشي من حين يحرم وقيل
من بيته لان الظاهر انه هو المراد ولو ركب اراق دما لانه ادخل نقصا فيه قالوا انما يركب
اذا بعدت المسافة وشق عليه المشي واذا قربت والرجل ممن يعتاد المشي ولا يشق عليه ينبغي ان لا
يركب قال ومن باع جارية محرمة قد اذن لها في ذلك فللمشتري ان يحللها ويجامعها وقال
زفر ليس له ذلك لان هذا عقد سبق ملكه فلا يتمكن من فسخه كما اذا اشترى جارية منكوحة
ولنا ان المشتري قائم مقام البائع وقد كان للبائع ان يحللها فكذا المشتري الا انه يكره ذلك
للبائع لما فيه من خلف الوعد وهذا المعنى لم يوجد في حق المشتري بخلاف النكاح لانه
ما كان للبائع ان يفسخه اذا باشرت باذنه فكذا لا يكون ذلك للمشتري واذا كان له ان يحللها
لا يتمكن من ردها بالعيب عندنا وعند زفر يتمكن لانه ممنوع عن غشيانها وذكر في بعض النسخ

او

او يجامعها والاول يدل على انه يحللها بغير الجماع بقص شعر او تقليم ظفر ثم يجامع والثاني يدل
على انه يحللها بالمجامعة لانه لا يخلو عن تقديم مس يقع به التحلل والاولى ان يحللها
بغير المجامعة تعظيما لامر الحج **كتاب النكاح** النكاح ينعقد بالايجاب
والقبول بلفظين يعبر بهما عن الماضي لان الصيغة وان كانت للاخبار وضعا فقد جعلت
للانشاء شرعا دفعا للحاجة وينعقد بلفظين يعبر باحدهما عن الماضي وبالآخر عن المستقبل
مثل ان يقول زوجني فيقول قد زوجتك لان هذا توكيل بالنكاح والواحد يتولى
طرفي النكاح على ما نبينه قال وينعقد بلفظ النكاح والتزويج والهبة والتمليك والصدقة
وقال الشافعي لا ينعقد الا بلفظ النكاح والتزويج لان التمليك ليس حقيقة فيه ولا مجازا عنه
لان التزويج للتلفيق والنكاح للضم ولا ازدواج بين المالك والمملوك اصلا
ولنا ان التمليك سبب لملك المتعة في محلها بواسطة ملك الرقبة وهو الثابت بالنكاح والسببية
طريق المجاز وينعقد بلفظ البيع هو الصحيح لوجود طريق المجاز ولا ينعقد بلفظ الاجارة
في الصحيح لانه ليس بسبب لملك المتعة ولا بلفظ الاباحة والاحلال والاعارة لما قلنا
ولا بلفظ الوصية لانها توجب الملك مضافا الى ما بعد الموت قال ولا ينعقد نكاح المسلمين
الا بحضور شاهدين حرين عاقلين بالغين مسلمين او رجل وامرأتين عدولا كانوا او غير
عدول او محدودين في القذف اعلم ان الشهادة شرط في النكاح لقوله عليه السلام لا نكاح الا
بشهود وهو حجة على مالك في اشتراط الاعلان دون الاشهاد ولا بد من اعتبار الحرية
فيها لان العبد لا شهادة له لعدم الولاية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لانه لا ولاية
بدونهما ولا بد من اعتبار الاسلام في انكحة المسلمين لانه لا شهادة للكافر على المسلم
ولا يشترط وصف الذكورة حتى ينعقد بحضور رجل وامرأتين وفيه خلاف الشافعي وستعرف
في الشهادات ان شاء الله تعالى ولا يشترط العدالة حتى ينعقد بحضرة الفاسقين عندنا
خلافا للشافعي له ان الشهادة من باب الكرامة والفاسق من اهل الاهانة ولنا انه من اهل الولاية
فيكون من اهل الشهادة وهذا لانه لما لم يحرم الولاية على نفسه لاسلامه لا يحرم على غيره
لانه من جنسه ولانه صلح مقلدا فيصلح مقلدا وكذا شاهدا والمحدود في القذف من اهل
الولاية فيكون من اهل الشهادة تحملا وانما الفائت ثمرة الاداء بالنهي لجريمته ولا يبالي
بفواته كما في شهادة العميان وابني العاقدين قال وان تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر لا يجوز لان السماع في النكاح شهادة ولا
شهادة للكافر على المسلم فكانهما لم يسمعا كلام المسلم ولهما ان الشهادة شرطت في النكاح على

اعتبار اثبات الملك لوروده على محل ذي خطر لا على اعتبار وجوب المهر اذ لا شهادة تشترط
في لزوم المال وهما شاهدان عليهما بخلاف ما اذا لم يسمعا كلام الزوج لان العقد ينعقد بكلام
والشهادة شرطت على ملك العقد قال ومن امر رجلا بان يزوج ابنته الصغيرة فزوجها
والاب حاضر بشهادة رجل واحد سواهما جاز النكاح لان الاب يجعل مباشرا لاتحاد المجلس
ويكون الوكيل سفيرا ومعبرا فبقي المزوج شاهدا وان كان الاب غائبا لم يجز لان المجلس
مختلف فلا يمكن ان يجعل الاب مباشرا وعلى هذا اذا زوج الاب ابنته البالغة بمحضر شاهد
واحد ان كانت حاضرة جاز وان كانت غائبة لا يجوز **فصل في بيان المحرمات**
لا يحل للرجل ان يتزوج بامه ولا بجداته من قبل الرجال والنساء لقوله تعالى حرمت عليكم
امهاتكم والجدات امهات اذ الام هي الاصل لغة او ثبتت حرمتهن بالاجماع ولا بابنته
لقوله تعالى وبناتكم ولا ببنت ولده وان سفلت للاجماع ولا باخته ولا ببنات اخته ولا
ببنات اخيه ولا بعمته ولا بخالته لان حرمتهن منصوص عليها في هذه الآية وتدخل
فيها العمات المتفرقات والخالات المتفرقات وبنات الاخوة المتفرقين لان جهة الاسم
عامة ولا بام امراته دخل بابنتها او لم يدخل لقوله تعالى وامهات نسائكم من غير قيد الدخول
ولا ببنت امراته التي دخل بها لثبوت قيد الدخول بالنص سواء كانت في حجره او في حجر
غيره لان ذكر الحجر خرج مخرج العادة لا مخرج الشرط ولهذا اكتفى في موضع الاحلال
بنفي الدخول ولا بامراة ابيه واجداده لقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم ولا بامراة
ابنه وبني اولاده لقوله تعالى وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم وذكر الاصلاب لاسقاط
اعتبار التبني لا لاحلال حليلة الابن من الرضاع ولا بامه من الرضاعة ولا باخته
من الرضاعة لقوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة ولقوله عليه السلام
يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب قال ولا يجمع بين الاختين نكاحا ولا بملك يمين وطئا
لقوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين ولقوله عليه السلام من كان يؤمن بالله واليوم الآخر
فلا يجمعن ماءه في رحم اختين قال فان تزوج اخت امة له قد وطئها صح النكاح لصدوره
من اهله مضافا الى محله واذا جاز لا يطأ الامة وان كان لم يطأ المنكوحة لان المنكوحة
موطوءة حكما ولا يطأ المنكوحة للجمع الا اذا حرم الموطوءة على نفسه بسبب من الاسباب
فحينئذ يطأ المنكوحة لعدم الجمع ويطأ المنكوحة ان لم يكن وطئ المملوكة لعدم الجمع وطئا
اذ المرقوقة ليست موطوءة حكما قال فان تزوج اختين في عقدين ولا يدرى
ايتهما اولى فرق بينه وبينهما لان نكاح احديهما باطل بيقين ولا وجه الى التعيين

شرط على العقد

اما امراة الاب فلقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم
والنساء فيتناول منكوحة الاب وطئا و
عقدا صحيحا وكذلك لفظ الاباء يتناول
الاباء والاجداد وان كان فيه جمع بين الحقيقة
والمجاز لانه نفي وفي النفي يجوز الجمع بينهما
كما يجوز في المشترك ان يعم جميع معانيه في النفي
شرح الكنز للزيلعي

لعدم

لعدم الاولوية ولا الى التنفيذ مع التجهيل لعدم الفائدة او للضرر فتعين التفريق ولهما
نصف المهر لانه وجب للاولى منهما وانعدمت الاولوية للجهل بالاولية فيصرف اليهما
وقيل لا بد من دعوى كل واحدة منهما او الاصطلاح لجهالة المستحقة قال ولا يجمع
بين المراة وعمتها او خالتها او ابنة اخيها او ابنة اختها لقوله عليه السلام لا تنكح المراة
على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة اخيها ولا على ابنة اختها وهذا مشهور يجوز
الزيادة على الكتاب بمثله قال ولا يجمع بين امراتين لو كانت احديهما رجلا لم يجز له ان
يتزوج بالاخرى لان الجمع بينهما يفضي الى القطيعة والقرابة المحرمة للنكاح محرمة للقطع
ولو كانت المحرمية بسبب الرضاع بينهما يحرم لما روينا من قبل قال ولا باس بان يجمع
بين امراة وبنت زوج كان لها من قبل لانه لا قرابة بينهما ولا رضاع وقال زفر
لا يجوز لان ابنة الزوج لو قدرتها ذكرا لا يجوز له التزوج بامراة ابيه قلنا امراة
الاب لو قدرتها ذكرا جاز له التزوج بهذه والشرط ان يتصور ذلك من كل جانب
قال ومن زنى بامراة حرمت عليه امها وابنتها وقال الشافعي الزنا لا يوجب حرمة
المصاهرة لانها نعمة فلا تنال بالمحظور ولنا ان الوطي سبب الجزئية بواسطة الولد
حتى يضاف الى كل واحد منهما كملا فتصير اصولها وفروعها كاصوله وفروعه وكذلك
على العكس والاستمتاع بالجزء حرام الا في موضع الضرورة وهي الموطوءة والوطي محرم
من حيث انه سبب الجزئية لا من حيث انه زنى قال ومن مسته امراة بشهوة حرمت عليه
امها وابنتها وقال الشافعي لا تحرم وعلى هذا الخلاف مسه امراة بشهوة ونظره
الى فرجها ونظرها الى ذكره عن شهوة له ان المس والنظر ليسا في معنى الدخول ولهذا
لا يتعلق بهما فساد الصوم والاحرام ووجوب الاغتسال فلا يلحقان به ولنا ان المس
والنظر سبب داع الى الوطي فيقام مقامه في موضع الاحتياط ثم المس بشهوة ان تنتشر
الالة او تزداد انتشارا هو الصحيح والمعتبر النظر الى الفرج الداخل ولا يتحقق ذلك
الا عند اتكائها ولو مس فانزل فقد قيل يوجب الحرمة والصحيح انه لا يوجبها لانه
بالانزال تبين انه غير مفض الى الوطي وعلى هذا اتيان المراة في دبرها قال
واذا طلق الرجل امراته طلاقا بائنا او رجعيا لم يجز له ان يتزوج باختها حتى تنقضي
عدتها وقال الشافعي ان كانت العدة عن طلاق بائن وثلث يجوز لانقطاع النكاح
بالكلية اعمالا للقاطع ولهذا لو وطئها مع العلم بالحرمة يجب الحد ولنا ان نكاح الاولى
قائم لبقاء احكامه كالنفقة والمنع والفراش والقاطع تأخر عمله الى انقضاء العدة ولهذا

وفي بعض نسخ الهداية لا بالولاية
فيصرف اليهما

والحكم منصوص في الهداية لو كانت كل واحدة
منهما رجلا لم يجز ان يتزوج بالاخرى
وما وقع في بعض النسخ لو كانت احداهما
رجلا مشهور في الكتاب لانه يقتضي
ان يستقيم الى تقديرها واحدة فلا يجوز
... شرط ان يتصور ذلك من كل جانب
... صحيح ان الحكم
انما ... لو كانت كل
واحدة منهما ذكرا والاخرى انثى
لا يحل النكاح منهما لا يجوز الجمع بينهما
كما يجمع بين المراة وعمتها ...
وخالتها والجمع بين الام و ...

الولد

بعض

بقي القيد والحد لا يجب على اشارة كتاب الطلاق وعلى عبارة كتاب الحدود يجب لان الملك قد زال
في حق الحل فيتحقق الزنا ولم يرتفع في حق ما ذكرنا فيصير جامعا قال ولا يتزوج المولى امته
ولا المراة عبدها لان النكاح ما شرع الا مثمرا ثمرات مشتركة بين المتناكحين والمملوكية تنافي المالكية
فيمتنع وقوع الثمرة على الشركة قال ويجوز تزوج الكتابيات لقوله تعالى والمحصنات من الذين
اوتوا الكتاب اي العفائف ولا فرق بين الكتابية الحرة والامة على ما نبين من بعد ان شاء الله تعالى
قال ولا يجوز تزوج المجوسيات لقوله عليه السلام سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم
ولا آكلي ذبائحهم قال ولا الوثنيات لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ويجوز تزوج
الصابيات اذا كانوا يؤمنون بدين نبي ويقرون بكتاب لانهم من اهل الكتاب وان كانوا
يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم لم تجز مناكحتهم لانهم مشركون والخلاف المنقول فيه محمول
على اشتباه مذهبهم فكل اجاب على ما وقع عنده وعلى هذا حل ذبيحتهم قال ويجوز للمحرم
والمحرمة ان يتزوجا في حالة الاحرام وقال الشافعي لا يجوز وتزويج الولي المحرم وليته
على هذا الخلاف له قوله عليه السلام لا ينكح المحرم ولا ينكح ولنا ما روي انه عليه السلام تزوج بميمونة
رضي الله عنها وهو محرم وما رواه محمول على الوطي قال ويجوز تزويج الامة مسلمة كانت
او كتابية وقال الشافعي لا يجوز للحر ان يتزوج بامة كتابية لان جواز نكاح الاماء ضروري
عنده لما فيه من تعريض الجزء على الرق وقد اندفعت الضرورة بالمسلمة ولهذا جعل طول
الحرة مانعا منه وعندنا الجواز مطلق لاطلاق المقتضي وفيه امتناع عن تحصيل الجزء
الحر لا ارقاقه وله ان لا يحصل الاصل فيكون له ان لا يحصل الوصف قال ولا
يتزوج امة على حرة لقوله عليه السلام لا تنكح الامة على الحرة وهو باطلاقه حجة على الشافعي في للرق
تجويزه ذلك للعبد وعلى مالك في تجويزه برضاء الحرة ولان للرق اثرا في تنصيف
النعمة على ما نقرره في الطلاق ان شاء الله تعالى فيثبت حل المحللية في حالة الانفراد
دون حالة الانضمام قال ويجوز تزويج الحرة عليها لقوله عليه السلام وتنكح الحرة على الامة
ولانها من المحللات في جميع الحالات اذ لا منصف في حقها قال فان تزوج امة
على حرة في عدة من طلاق بائن او ثلث لم يجز عند ابي حنيفة ويجوز عندهما لان هذا ليس
بتزوج عليها وهو المحرم ولهذا لو حلف لا يتزوج عليها لا يحنث بهذا ولابي حنيفة ان
نكاح الحرة باق من وجه لبقاء بعض احكام النكاح فيبقى المنع احتياطا بخلاف اليمين
لان المقصود ان لا يدخل في قسمها غيرها قال وللحر ان يتزوج اربعا من الحرائر و
الاماء وليس له ان يتزوج اكثر من ذلك لقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلث

وربع

ورباع والتنصيص على العدد يمنع الزيادة عليه وقال الشافعي لا يتزوج الا امة واحدة لانه
ضروري عنده والحجة عليه ما تلونا اذ الامة المنكوحة ينتظمها اسم النساء كما في الظهار قال ولا يجوز
للعبد ان يتزوج اكثر من اثنتين وقال مالك يجوز لانه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده حتى ملكه
بغير اذن المولى ولنا ان الرق منصف فيتزوج العبد اثنتين والحر اربعا اظهارا لشرف
الحرية قال فان طلق احدى نسائه الاربع طلاقا بائنا لم يجز له ان يتزوج رابعة حتى تنقضي الحر
عدتها وفيه خلاف الشافعي وهو نظير نكاح الاخت في عدة الاخت قال وان تزوج
حبلى من زنى جاز النكاح ولا يطأها حتى تضع حملها وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحه
وقال ابو يوسف النكاح فاسد وان كان الحمل ثابت النسب فالنكاح باطل بالاجماع لابي يوسف
ان الامتناع في الاصل لحرمة الحمل وهذا الحمل محترم لانه لا جناية منه ولهذا لم يجز
اسقاطه ولهما انها من المحللات بالنص وحرمة الوطي كيلا يسقي ماءه زرع غيره والامتناع
في ثابت النسب لحق صاحب الماء ولا حرمة للزاني قال فان تزوج حاملا من السبي فالنكاح
فاسد لانه ثابت النسب قال وان زوج ام ولده وهي حامل منه فالنكاح باطل لانها
فراش لمولاها حتى يثبت نسب ولدها منه من غير دعوة فلو صح النكاح لحصل الجمع بين
الفراشين الا انه غير متاكد حتى ينتفي الولد بالنفي من غير لعان فلا يعتبر ما لم يتصل به
الحمل قال ومن وطي جاريته ثم زوجها جاز النكاح لانها ليست بفراش لمولاها
فانها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة الا ان عليه ان يستبرئها صيانة لمائه
واذا جاز النكاح فللزوج ان يطأها قبل الاستبراء عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال
محمد لا احب ان يطأها قبل ان يستبرئها لانه احتمل الشغل بماء المولى فوجب التنزه
كالشراء ولهما ان الحكم بجواز النكاح امارة الفراغ فلا يؤمر بالاستبراء لا استحبابا
ولا وجوبا بخلاف الشراء لانه يجوز مع الشغل وكذا اذا راى امراة تزني فتزوجها
حل له ان يطأها قبل ان يستبرئها عندهما وقال محمد لا احب له ان يطأها ما لم يستبرئها
والمعنى ما ذكرنا قال ونكاح المتعة باطل وهو ان يقول لامراة اتمتع بك كذا
مدة بكذا من المال وقال مالك هو جائز لانه كان مباحا فيبقى الى ان يظهر ناسخه
قلنا ثبت النسخ باجماع الصحابة وابن عباس رضي الله تعالى عنهم صح رجوعه الى قولهم
فتقرر الاجماع والنكاح الموقت باطل مثل ان يتزوج امراة بشهادة شاهدين
عشرة ايام وقال زفر هو صحيح لازم لان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ولنا
انه اتى بمعنى المتعة والعبرة في العقود للمعاني ولا فرق بينهما اذا طالت مدة

التاقيت وقصرت لان التاقيت هو المعين لجهة المتعة وقد وجد قال ومن تزوج امرأتين
في عقدة واحدة احديهما لا يحل له نكاحها صح نكاح التي يحل له نكاحها وبطل نكاح الاخرى لان المبطل
في احديهما بخلاف ما اذا جمع بين حر وعبد في البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة وقبول العقد
في الحر شرط فيه ثم جميع المسمى للتي يحل له عند ابي حنيفة وعندهما يقسم على مهر مثليهما وهي مسئلة الاصل
قال ومن ادعت عليه امرأة انه تزوجها واقامت على ذلك بينة فجعلها القاضي امرأته ولم يكن
تزوجها وسعها المقام معه وان تدعه يجامعها وهذا عند ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف اولا
وفي قوله الآخر وهو قول محمد لا يسعه ان يطأها وهو قول الشافعي لان القاضي اخطأ الحجة
اذ الشهود كذبة فصار كما اذا ظهر انهم عبيد او كفار ولابي حنيفة ان الشهود صدقة عنده
وهو الحجة لتعذر الوقوف على حقيقة الصدق بخلاف الكفر والرق لان الوقوف عليهما متيسر
واذا ابتنى القضاء على الحجة وامكن تنفيذه باطنا بتقديم النكاح ينفذ قطعا للمنازعة بخلاف
الاملاك المرسلة لان في الاسباب تزاحما فلا امكان **باب في الاولياء والاكفاء**
وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها وان لم يعقد عليها ولي بكرا كانت او ثيبا
عند ابي حنيفة وابي يوسف في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه لا ينعقد الا بولي وعند
محمد ينعقد موقوفا وقال مالك والشافعي لا ينعقد النكاح بعبارة النساء اصلا لان النكاح
يراد لمقاصده والتفويض اليهن مخل بها الا ان محمدا يقول يرتفع الخلل باجازة الولي
ووجه الجواز انها تصرفت في خالص حقها وهي من اهله لكونها عاقلة بالغة مميزة ولهذا كان
لها التصرف في المال ولها اختيار الازواج وانما يطالب الولي بالتزويج كيلا تنسب
الى الوقاحة ثم في ظاهر الرواية لا فرق بين الكفو وغير الكفو ولكن للولي حق الاعتراض
في غير الكفو وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه لا يجوز في غير الكفو لان كم من واقع لا يرفع
ويروى رجوع محمد الى قولهما قال ولا يجوز للولي اجبار البكر البالغة على النكاح خلافا
للشافعي له الاعتبار بالصغيرة وهذا لانها جاهلة بامر النكاح لعدم التجربة ولهذا
يقبض الاب صداقها بغير امرها ولنا انها حرة مخاطبة فلا يكون للغير عليها ولاية والولاية
على الصغيرة لقصور عقلها وقد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصار كالغلام وكالتصرف
في المال وانما يملك الاب قبض الصداق برضاها دلالة ولهذا لا يملك مع نهيها قال
واذا استأذنها فسكتت او ضحكت فهو اذن لقوله عليه السلام البكر تستأمر في نفسها
فان سكتت فقد رضيت ولان جنبة الرضا فيه راجحة لانها تستحيي عن اظهار الرغبة
لا عن الرد والضحك ادل على الرضا من السكوت بخلاف ما اذا بكت لانه دليل السخط والكراهة

وقيل

وقيل اذا ضحكت كالمستهزئة بما سمعت لا يكون رضا واذا بكت بلا صوت لم يكن ردا قال
وان فعل ذلك غير الولي يعني اذا استأمر غير الولي او ولي غيره اولى منه لم يكن رضا حتى تتكلم به لان
هذا السكوت لقلة الالتفات الى كلامه فلم يقع دلالة على الرضا ولو وقع فهو محتمل والاكتفاء
بمثله للحاجة ولا حاجة في حق غير الاولياء بخلاف ما اذا كان المستأمر رسول الولي لانه
قائم مقامه ويعتبر في الاستيمار تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة لتظهر رغبتها فيه
من رغبتها عنه ولا تشترط تسمية المهر هو الصحيح لان النكاح صحيح بدونه ولو زوجها فبلغها
الخبر فسكتت فهو على ما ذكرنا لان وجه الدلالة في السكوت لا يختلف ثم المخبر ان كان فضوليا
يشترط فيه العدد او العدالة عند ابي حنيفة خلافا لهما ولو كان رسولا لا يشترط اجماعا وله
نظاير قال واذا استأذن الثيب فلا بد من رضاها بالقول لقوله عليه السلام الثيب تشاور ولان
النطق لا يعد عيبا منها وقل الحياء بالممارسة فلا مانع من النطق في حقها واذا زالت
بكارتها بوثبة او حيضة او جراحة او تعنيس فهي في حكم الابكار لانها بكر حقيقة لان مصيبها
اول مصيب لها ومنه الباكورة والبكرة ولانها تستحيي لعدم الممارسة قال فلو زالت بكارتها
بزنى فهي كذلك عند ابي حنيفة وقالا والشافعي لا يكتفى بسكوتها لانها ثيب حقيقة لان مصيبها
عائد اليها ومنه المثوبة والمثابة والتثويب ولابي حنيفة ان الناس عرفوها بكرا فيعيبونها
بالنطق فتمتنع عنه فيكتفى بسكوتها كيلا تتعطل عليها مصالحها بخلاف ما اذا وطئت بشبهة
او بنكاح فاسد لان الشرع اظهره حيث علق به احكاما اما الزنى فقد ندب الى ستره
حتى لو اشتهر حالها لا يكتفى بسكوتها قال واذا قال الزوج بلغك النكاح فسكتت وقالت
رددت فالقول قولها وقال زفر القول قوله لان السكوت اصل والرد عارض فصار
كالمشروط له الخيار اذا ادعى الرد بعد مضي المدة ونحن نقول انه يدعي لزوم العقد وتملك
البضع والمرأة تدفعه فكانت منكرة كالمودع اذا ادعى رد الوديعة بخلاف مسئلة الخيار
لان اللزوم قد ظهر بمضي المدة وان اقام الزوج البينة على سكوتها ثبت النكاح لانه نور
دعواه بالحجة وان لم تكن له بينة فلا يمين عليها عند ابي حنيفة وهي مسئلة الاستحلاف في الاشياء
62. الستة وسيأتيك في الدعوى ان شاء الله تعالى قال ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما
الولي بكرا كانت الصغيرة او ثيبا والولي هو العصبة ومالك يخالفنا في غير الاب والشافعي
في غير الاب والجد وفي الثيب الصغيرة ايضا وجه قولهما ان الولاية على الحرة باعتبار
الحاجة ولا حاجة لانعدام الشهوة الا ان ولاية الاب ثبتت نصا بخلاف القياس والجد
ليس في معناه فلا يلحق به قلنا لا بل هو موافق للقياس لان النكاح يتضمن المصالح ولا تتوفر

المصالح إلا بين المتكافئين عادة ولا يتفق الكفء في كل زمان فأثبتنا الولاية في حالة الصغر
إحرازاً للكفء وجه قول الشافعي أن النظر لا يتم بالتفويض إلى غير الأب والجد لقصور شفقته
وبعد قرابته ولهذا لا يملك التصرف في المال مع أنه أدنى رتبة فلأن لا يملك التصرف
في النفس وأنه أعلى أولى ولنا أن القرابة داعية إلى النظر كما في الأب والجد وما فيه من القصور
أظهرناه في سلب ولاية الإلزام بخلاف التصرف في المال لأنه يتكرر فلا يمكن تدارك الخلل
فلا تفيد الولاية إلا ملزمة ومع القصور لا تثبت ولاية الإلزام وجه قوله في المسألة الثانية
أن الثيابة سبب لحدوث الرأي لوجود الممارسة فأدرنا الحكم عليها تيسيراً ولنا
ما ذكرنا من تحقق الحاجة ووفور الشفقة ولا ممارسة لحدوث الرأي بدون الشهوة فيدار
الحكم على الصغر ثم الذي يؤيد كلامنا فيما تقدم قوله عليه السلام الإنكاح إلى العصبات من غير فصل
والترتيب في العصبات في ولاية الإنكاح كالترتيب في الإرث والأبعد محجوب بالأقرب
قال فإن زوجهما الأب والجد يعني الصغير والصغيرة فلا خيار لهما بعد بلوغهما لأنهما
كاملا الرأي وافرا الشفقة فيلزم العقد بمباشرتهما كما إذا باشراه برضاهما بعد البلوغ
قال وإن زوجهما غير الأب والجد فلكل واحد منهما الخيار إذا بلغ إن شاء أقام على النكاح
وإن شاء فسخ وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا خيار لهما اعتباراً
بالأب والجد ولهما أن قرابة الأخ ناقصة والنقصان يشعر بقصور الشفقة فيتطرق الخلل
إلى المقاصد عسى والتدارك ممكن بخيار الإدراك وإطلاق الجواب في غير الأب والجد يتناول
الأم والقاضي وهو الصحيح من الرواية لقصور الرأي في أحدهما ونقصان الشفقة
في الآخر فيتخير ويشترط فيه القضاء بخلاف خيار العتق لأن الفسخ ههنا لدفع ضرر خفي
وهو تمكن الخلل ولهذا يشمل الذكر والأنثى فجعل إلزاماً في حق الآخر فيفتقر إلى القضاء
وخيار العتق لدفع ضرر جلي وهو زيادة الملك عليها ولهذا يختص بالأنثى فاعتبر دفعاً
والدفع لا يفتقر إلى القضاء ثم عندهما إذا بلغت الصغيرة وقد علمت بالنكاح فسكتت
فهو رضا وإن لم تعلم بالنكاح فلها الخيار حتى تعلم فتسكت شرط العلم بأصل النكاح لأنها
لا تتمكن من التصرف إلا به والولي ينفرد به فعذرت ولم يشترط العلم بالخيار لأنها
تتفرغ لمعرفة أحكام الشرع والدار دار العلم فلم تعذر بالجهل بخلاف المعتقة لأن الأمة
لا تتفرغ لمعرفتها فتعذر بالجهل بثبوت الخيار ثم خيار البكر يبطل بالسكوت ولا يبطل
خيار الغلام ما لم يقل رضيت أو يجيء منه ما يعلم أنه رضى وكذلك الجارية إذا دخل بها
الزوج قبل البلوغ اعتباراً لهذه الحالة بحالة ابتداء النكاح وخيار البلوغ في حق البكر

لا يمتد

لا يمتد إلى آخر المجلس ولا يبطل بالقيام في حق الثيب والغلام لأنه ما ثبت بإثبات الزوج
بل لتوهم الخلل فإنما يبطل بالرضا غير أن سكوت البكر رضى بخلاف خيار العتق لأنه ثبت
بإثبات المولى وهو الإعتاق فيعتبر فيه المجلس كما في خيار المخيرة ثم الفرقة بخيار البلوغ
ليس بطلاق لأنه يصح من الأنثى ولا طلاق إليها وكذا بخيار العتق لما بينا بخلاف المخيرة
لأن الزوج هو الذي ملكها وهو مالك للطلاق فإن مات أحدهما قبل البلوغ ورثه الآخر
وكذا إذا مات بعد البلوغ قبل التفريق لأن أصل العقد صحيح والملك ثابت به وقد انتهى بالموت
بخلاف مباشرة الفضولي إذا مات أحد الزوجين قبل الإجازة لأن النكاح ثمة موقوف
فيبطل بالموت وههنا نافذ فيتقرر به ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون لأنه لا
ولاية لهم على أنفسهم فأولى أن لا تثبت على غيرهم ولأن هذه ولاية نظرية ولا نظر في التفويض
إلى هؤلاء ولا ولاية لكافر على مسلمة لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا
ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولا يتوارثان أما الكافر فتثبت له ولاية الإنكاح على ولده
الكافر لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم أولياء بعض ولهذا تقبل شهادته عليه ويجري
بينهم التوارث قال ولغير العصبات من الأقارب ولاية التزويج عند أبي حنيفة معناه
عند عدم العصبات وهذا استحسان وقال محمد لا تثبت وهو القياس وهو رواية عن أبي حنيفة
وقول أبي يوسف مضطرب في ذلك والأشهر أنه مع محمد لهما ما روينا ولأن الولاية
إنما تثبت صوناً للقرابة عن نسبة غير الكفء إليها وإلى العصبات الصيانة ولأبي حنيفة
أن الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتفويض إلى من هو المختص بالقرابة الباعثة على الشفقة
قال ومن لا ولي لها يعني العصبة من جهة القرابة إذا زوجها مولاها الذي أعتقها جاز
لأنه آخر العصبات وإذا عدم الأولياء فالولاية إلى الإمام والحاكم لقوله عليه السلام السلطان
ولي من لا ولي له قال فإذا غاب الولي الأقرب غيبة منقطعة جاز لمن هو أبعد منه
أن يزوج وقال زفر لا يجوز لأن ولاية الأقرب قائمة لأنها تثبت حقاً له صيانة
للقرابة فلا تبطل بغيبته ولهذا لو زوجها حيث هو جاز ولا ولاية للأبعد مع ولايته
ولنا أن هذه ولاية نظرية وليس من النظر التفويض إلى من لا ينتفع برأيه ففوضناه إلى الأبعد
وهو مقدم على السلطان كما إذا مات الأقرب ولو زوجها حيث هو فيه منع وبعد التسليم
نقول للأبعد بعد القرابة وقرب التدبير وللأقرب عكسه فنزلا منزلة وليين متساويين
في الدرجة فأيهما عقد نفذ ولا يرد والغيبة المنقطعة أن يكون في بلد لا تصل إليه القوافل
في السنة إلا مرة وهو اختيار القدوري رحمه الله وقيل أدنى مدة السفر لأنه لا نهاية لأقصاه

وهو اختيار بعض المتاخرين وقيل اذا كان بحال يفوت الكفو باستطلاع رايه هذا اقرب الى الفقه
لانه لا نظر في ابقاء ولايته حينئذ قال واذا اجتمع في المجنونة ابوها وابنها فالولي
في نكاحها ابنها في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ابوها لانه اوفر شفقة من الابن
ولهما ان الابن هو المقدم في العصوبة وهذه الولاية مبنية عليها ولا معتبر بزيادة الشفقة
كابي الام مع بعض العصبات **فصل في الكفاءة** الكفاءة في النكاح معتبرة قال عليه السلام
الا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء ولان انتظام المصالح
بين المتكافئين عادة لان الشريفة تابى ان تكون مستفرشة للخسيس فلا بد من اعتبارها بخلاف
جانبها لان الزوج مستفرش فلا تغيظه دناءة الفراش واذا زوجت المراة نفسها من
غير كفو فللاولياء ان يفرقوا بينهما دفعا لضرر العار عن انفسهم ثم الكفاءة تعتبر في النسب
لانه يقع به التفاخر فقريش بعضهم اكفاء لبعض والعرب اكفاء لبعض والاصل فيه قوله عليه السلام
قريش بعضهم اكفاء لبعض بطن ببطن والعرب بعضهم اكفاء لبعض قبيلة بقبيلة والموالي
بعضهم اكفاء لبعض رجل برجل ولا يعتبر التفاضل فيما بين قريش لما روينا وعن محمد الا ان
يكون نسبا مشهورا كاهل بيت الخلافة كانه قال تعظيما للخلافة وتسكينا للفتنة وبنو
باهلة ليسوا باكفاء لعامة العرب لانهم معروفون بالخساسة واما الموالي فمن كان له ابوان
في الاسلام فصاعدا فهو من الاكفاء يعني لمن له اباء فيه ومن اسلم بنفسه او له اب واحد
في الاسلام لا يكون كفوا لمن له ابوان في الاسلام لان تمام النسب بالاب والجد وابو يوسف
الحق الواحد بالمثنى كما هو مذهبه في التعريف ومن اسلم بنفسه لا يكون كفوا لمن له اب واحد
في الاسلام لان التفاخر فيما بين الموالي بالاسلام والكفاءة في الحرية نظيرها في الاسلام
في جميع ما ذكرنا لان الرق اثر الكفر وفيه معنى الذل فيعتبر في حكم الكفاءة قال وتعتبر
ايضا في الدين اي الديانة وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف هو الصحيح لانه من اعلى المفاخر و
المراة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة نسبه وقال محمد لا تعتبر لانه من امور الاخرة
فلا تبتنى عليه احكام الدنيا الا اذا كان يصفع ويسخر منه او يخرج الى الاسواق سكران ويلعب
به الصبيان لانه مستخف به وتعتبر في المال وهو ان يكون مالكا للمهر والنفقة وهذا هو
المعتبر في ظاهر الرواية حتى ان من لا يملكهما او لا يملك احدهما لا يكون كفوا لان المهر بدل
البضع فلا بد من ايفائه وبالنفقة قوام الازدواج ودوامه والمراد بالمهر قدر ما
تعارفوا تعجيله لان ما وراءه مؤجل عرفا وعن ابي يوسف انه اعتبر القدرة على النفقة دون
المهر لانه تجري المساهلة في المهور ويعد المرء قادرا عليه بيسار ابيه فاما الكفاءة في الغنى

فمعتبرة عند ابي حنيفة ومحمد حتى ان الفائقة في اليسار لا يكافئها القادر على المهر والنفقة
لان الناس يتفاخرون بالغنى ويتعيرون بالفقر وقال ابو يوسف لا يعتبر لانه لا ثبات له اذ
المال غاد ورائح وتعتبر في الصنائع وهذا عند ابي يوسف ومحمد وعن ابي حنيفة في ذلك
روايتان وعن ابي يوسف انه لا تعتبر الا ان يفحش كالحجام والحائك والدباغ وجه الاعتبار
ان الناس يتفاخرون بشرف الحرف ويتعيرون بدناءتها وجه القول الاخر ان الحرفة ليست
بلازمة ويمكن التحول عن الخسيسة الى النفيسة منها واذا تزوجت المراة ونقصت عن مهر
مثلها فللاولياء الاعتراض عليها عند ابي حنيفة حتى يتم لها مهر مثلها او يفارقها وقالا ليس لهم
ذلك وهذا الوضع انما يصح على قول محمد على اعتبار قوله المرجوع اليه في النكاح بغير الولي
وقد صح ذلك وهذه شهادة صادقة عليه لهما ان ما زاد على العشرة حقها ومن اسقط حقه
لا يعترض عليه كما بعد التسمية ولابي حنيفة ان الاولياء يفتخرون بغلاء المهور ويتعيرون بنقصانها
فاشبه الكفاءة بخلاف الابراء بعد التسمية لانه لا يتعير به قال واذا زوج الاب ابنته
الصغيرة ونقص من مهرها او ابنه الصغير وزاد في مهر امراته جاز ذلك عليهما ولا يجوز
ذلك لغير الاب والجد وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز الحط والزيادة الا بما يتغابن
الناس فيه ومعنى هذا الكلام انه لا يجوز العقد عندهما لان الولاية مقيدة بشرط النظر
فعند فواته يبطل العقد وهذا لان الحط عن مهر المثل ليس من النظر في شيء كما في البيع
ولهذا لا يملك ذلك غيرهما ولابي حنيفة ان الحكم يدار على دليل النظر وهو قرب القرابة
وفي النكاح مقاصد تربو على المهر اما المالية هي المقصودة في التصرف المالي والدليل
عدمناه في حق غيرهما قال ومن زوج ابنته وهي صغيرة عبدا او زوج ابنه وهو
صغير امة فهو جائز قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة ايضا لان الاعراض عن الكفاءة
لمصلحة تفوقها وعندهما هو ضرر ظاهر لعدم الكفاءة فلا يجوز **فصل في الوكالة
بالنكاح وغيرها** ويجوز لابن العم ان يزوج بنت عمه من نفسه وقال زفر لا يجوز
واذا اذنت المراة للرجل ان يزوجها من نفسه فعقد بحضرة شاهدين جاز وقال
زفر والشافعي لا يجوز لهما ان الواحد لا يصلح ان يكون مملكا ومتملكا كما في البيع الا
ان الشافعي يقول في الولي ضرورة لانه لا يتولاه سواه ولا ضرورة في حق الوكيل
ولنا ان الوكيل في النكاح سفير ومعبر والتمانع في الحقوق دون التعبير ولا ترجع الحقوق
اليه بخلاف البيع لانه مباشر حتى رجعت الحقوق اليه واذا تولى طرفيه فقوله زوجت يتضمن
الشطرين فلا يحتاج الى القبول ونكاح العبد والامة بغير اذن مولاهما موقوف فان

اجازه المولى جاز وان رده بطل وكذلك لو زوج امراة رجل بغير رضاها او رجلا بغير
رضاه وهذا عندنا فان كل عقد صدر من الفضولي وله مجيز انعقد موقوفا على الاجازة
وقال الشافعي تصرفات الفضولي كلها باطلة لان العقد وضع لحكمه والفضولي لا يقدر
على اثبات الحكم فيلغو ولنا ان ركن التصرف صدر من اهله مضافا الى محله ولا ضرر في
انعقاده فينعقد موقوفا حتى اذا رأى المصلحة فيه ينفذه وقد يتراخى حكم العقد عن العقد
قال ومن قال اشهدوا اني قد تزوجت فلانة فبلغها الخبر فاجازت فهو باطل وان
قال آخر اشهدوا اني قد زوجتها منه فبلغها الخبر فاجازت جاز وكذلك ان كانت هي التي
قالت جميع ذلك وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف اذا زوجت نفسها غائبا
فبلغه الخبر فاجاز جاز وحاصل هذا ان الواحد لا يصلح فضوليا من الجانبين او فضوليا من
جانب واصيلا من جانب عندهما خلافا له ولو جرى العقد بين الفضوليين او بين الفضولي
والاصيل جاز بالاجماع هو يقول لو كان مأمورا من الجانبين ينفذ فاذا كان فضوليا يتوقف
وصار كالخلع والطلاق والاعتاق على مال ولهما ان الموجود شطر العقد لانه شطر حالة
الحضرة فكذا عند الغيبة وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما في البيع بخلاف
المأمور من الجانبين لانه ينتقل كلامه الى العاقدين وما جرى بين الفضوليين عقد تام
وكذا الخلع واخواته لانه تصرف يمين من جانبه حتى يلزم فيتم به قال ومن امر رجلا
ان يزوجه امراة فزوجه اثنتين في عقدة لم يلزمه واحدة منهما لانه لا وجه الى تنفيذهما
للمخالفة ولا الى التنفيذ في احديهما غير عين للجهالة ولا الى التعيين لعدم الاولوية
فتعين التفريق قال ومن امره امير بان يزوجه امراة فزوجه امة لغيره جاز عند ابي حنيفة
رجوعا الى اطلاق اللفظ وعدم التهمة وقالا لا يجوز الا ان يزوجه كفوا لان المطلق
ينصرف الى المتعارف وهو التزوج بالاكفاء قلنا العرف مشترك او هو عرف عملي فلا يصلح
ان يكون مقيدا وذكر في الوكالة ان اعتبار الكفاءة في هذا استحسان عندهما لان كل احد
لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوج وكانت الاستعانة في التزوج بالكفو

باب المهر

ويصح النكاح وان لم يسم فيه مهرا لان النكاح عقد انضمام وازدواج لغة
فيتم بالزوجين ثم المهر واجب شرعا ابانة لشرف المحل فلا يحتاج الى ذكره لصحة النكاح
وكذا اذا تزوجها بشرط ان لا مهر لها لما بينا وفيه خلاف مالك قال واقل المهر عشرة
دراهم وقال الشافعي ما يجوز ان يكون ثمنا في البيع لانه حقها فيكون التقدير اليها ولنا قوله
عليه السلام لا مهر اقل من عشرة دراهم ولانه حق الشرع وجوبا اظهارا لشرف المحل فيتقدر بما له

خطر

خطر وهو العشرة استدلالا بنصاب السرقة قال ولو سمى اقل من عشرة فلها العشرة عندنا وقال
زفر مهر المثل لان التسمية بما لا يصلح مهرا كانعدامه ولنا ان فساد هذه التسمية لحق الشرع
وقد صار مقضيا بالعشرة فاما ما يرجع الى حقها فقد رضيت بالعشرة لرضاها بما دونها
ولا معتبر بانعدام التسمية لانها قد ترضى بالتمليك من غير عوض تكرما ولا ترضى فيه
بالعوض اليسير قال ولو طلقها قبل الدخول بها تجب خمسة عند علمائنا الثلثة وعنده تجب
المتعة كما اذا لم يسم شيئا قال ومن سمى مهرا عشرة فما زاد فعليه المسمى ان مات عنها او
دخل بها لان بالدخول يتحقق تسليم المبدل وبه يتأكد البدل وبالموت ينتهي النكاح
نهايته والشيء بانتهائه يتقرر ويتأكد فيتقرر بجميع مواجبه قال وان طلقها قبل الدخول
بها والخلوة فلها نصف المسمى لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن الاية والاقيسة
متعارضة ففيه تفويت الزوج الملك على نفسه باختياره وفيه عود المعقود عليه اليها سالما
فكان المرجع فيه النص وشرط ان يكون قبل الخلوة لانها كالدخول عندنا على ما نبينه ان شاء الله
قال وان تزوجها ولم يسم لها مهرا او تزوجها على ان لا مهر لها فلها مهر مثلها ان دخل بها
او مات عنها زوجها وقال الشافعي لا يجب شيء في الموت واكثرهم على انه يجب بالدخول
له ان المهر خالص حقها فتتمكن من نفيه ابتداء كما تتمكن من اسقاطه انتهاء ولنا ان المهر
وجب لحق الشرع على ما مر وانما يصير حقها في حالة البقاء فتملك الابراء دون النفي قال
ولو طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة لقوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر
قدره ثم هذه المتعة واجبة رجوعا الى الامر وفيه خلاف مالك والمتعة ثلثة اثواب
من كسوة مثلها وهي درع وخمار وملحفة وهذا التقدير مروي عن عائشة وابن عباس رضي
وقوله من كسوة مثلها اشارة الى انه يعتبر حالها وهو قول الكرخي في المتعة الواجبة
لقيامها مقام مهر المثل والصحيح انه يعتبر حاله عملا بالنص وهو قوله تعالى على الموسع قدره
وعلى المقتر قدره ثم هي لا تزاد على نصف مهر مثلها ولا تنقص عن خمسة دراهم ويعرف
ذلك في الاصل قال وان تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم تراضيا على تسمية فهي لها
ان دخل بها او مات عنها وان طلقها قبل الدخول فلها المتعة وعلى قول ابي يوسف
الاول نصف هذا المفروض وهو قول الشافعي لانه مفروض فيتنصف بالنص ولنا ان
هذا الفرض تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل وذلك لا يتنصف فكذا ما نزل منزلته
والمراد بما تلا الفرض في العقد اذ هو الفرض المتعارف قال وان زاد لها في المهر
بعد العقد لزمته الزيادة خلافا لزفر وسنذكره في زيادة الثمن والمثمن ان شاء الله تعالى

وإذا صحت الزيادة تسقط بالطلاق قبل الدخول وعلى قول أبي يوسف أولاً تنصف مع الأصل
لأن التنصيف يختص بالمفروض في العقد وعندنا المفروض بعده كالمفروض فيه على ما مر
وإن حطت عنه من مهرها صح الحط لأن المهر بقاءً حقها والحط يلاقيه حالة البقاء وإذا
خلا الرجل بامرأته وليس هناك مانع من الوطء ثم طلقها فلها كمال المهر وقال الشافعي
لها نصف المهر لأن المعقود عليه إنما يصير مستوفى بالوطء فلا يتأكد المهر دونه ولنا أنها
سلمت المبدل حيث رفعت الموانع وذلك وسعها فيتأكد حقها في البدل اعتباراً
بالبيع وإن كان أحدهما مريضاً أو صائماً في رمضان أو محرماً بحج فرض أو نفل أو بعمرة أو كانت
حائضاً فليست الخلوة صحيحة حتى لو طلقها فلها نصف المهر لأن هذه الأشياء موانع أما
المرض فالمراد منه ما يمنع الجماع أو يلحقه به ضرر وقيل مرضه لا يعرى عن تكسر وفتور
وهذا التفصيل في مرضها وصوم رمضان لما يلزمه من القضاء والكفارة والإحرام لما يلزمه
من الدم وفساد النسك والقضاء والحيض مانع طبعاً وشرعاً فإن كان أحدهما صائماً تطوعاً
فلها المهر كله لأنه يباح له الإفطار من غير عذر في رواية المنتقى وهذا القول في المهر هو الصحيح
وصوم القضاء والمنذور كالتطوع في رواية لأنه لا كفارة فيه والصلاة بمنزلة الصوم
فرضها كفرضه ونفلها كنفله قال وإذا خلا المجبوب بامرأته ثم طلقها فلها كمال المهر
عند أبي حنيفة وقالا عليه نصف المهر لأنه أعجز من المريض بخلاف العنين لأن الحكم أدير
على سلامة الآلة ولأبي حنيفة أن المستحق عليها التسليم في حق السحق وقد أتت به قال وعليها
العدة في هذه المسائل احتياطاً استحساناً لتوهم الشغل والعدة حق الشرع والولد فلا
تصدق في إبطال حق الغير بخلاف المهر لأنه مال لا يحتاط في إيجابه وذكر القدوري في
شرحه أن المانع إن كان شرعياً تجب العدة لثبوت التمكن حقيقة وإن كان حقيقياً كالمرض
والصغر لا تجب لانعدام التمكن حقيقة قال وتستحب المتعة لكل مطلقة إلا لمطلقة واحدة
وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول بها وقد سمى لها مهراً وقال الشافعي تجب لكل مطلقة
إلا لهذه لأنها وجبت صلة من الزوج لأنه أوحشها بالفراق إلا أن في هذه الصورة
نصف المهر طريقة المتعة لأن الطلاق فسخ في هذه الحالة والمتعة لا تتكرر ولنا أن المتعة
خلف عن مهر المثل في المفوضة لأنه سقط مهر المثل ووجبت المتعة والعقد يوجب العوض
فكان خلفاً والخلف لا يجامع الأصل ولا شيئاً منه فلا تجب مع وجوب شيء من المهر وهو
غير جان في الإيحاش فلا يلحقه الغرامة به فكان من باب الفضل وإذا زوج الرجل ابنته
على أن يزوجه الزوج بنته أو أخته ليكون أحد العقدين عوضاً عن الآخر فالعقدان جائزان

جميع

كالصوم والحيض

بطريق

وقال الشافعي يبطل العقدان لأنه جعل نصف البضع صداقاً والنصف منكوحة ولا اشتراك
في هذا الباب فيبطل الإيجاب ولنا أنه سمى ما لا يصلح صداقاً فيصح العقد ويجب مهر المثل
كما إذا سمى الخمر والخنزير ولا شركة بدون الاستحقاق وإن تزوج حر امرأة على خدمته سنة
أو على تعليم القرآن فلها مهر مثلها وقال محمد لها قيمة خدمته سنة وإن تزوج عبد حرة
بإذن مولاه على خدمته سنة جاز ولها خدمته سنة وقال الشافعي لها تعليم القرآن والخدمة في
الوجهين لأن ما يصلح أخذ العوض عنه بالشرط يصلح مهراً عنده لأن بذلك يتحقق المعاوضة
فصار كما إذا تزوجها على خدمة حر آخر أو على رعي الزوج غنمها ولنا أن المشروع إنما
هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذا المنافع على أصلنا وخدمة العبد ابتغاء بالمال
لتضمنه تسليم رقبته ولا كذلك الحر ولأن خدمة الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح
لما فيه من قلب الموضوع بخلاف خدمة حر آخر برضاه لأنه لا مناقضة وبخلاف خدمة العبد
لأنه يخدم مولاه معنى حيث يخدمها بإذنه وبأمره وبخلاف رعي الأغنام لأنه
من باب القيام بأمور الزوجية فلا مناقضة على أنه ممنوع في رواية ثم على قول محمد تجب قيمة
الخدمة لأن المسمى مال إلا أنه عجز عن التسليم لمكان المناقضة فصار كالتزوج على عبد الغير
وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف يجب مهر المثل لأن الخدمة ليست بمال إذ لا تستحق فيه بحال فصار
كتسمية الخمر والخنزير فيبقى الحكم للأصل وهذا لأن تقومه بالعقد للضرورة فإذا لم يجب تسليمه
في العقد لم يظهر تقومه فيبقى الحكم على الأصل وهو مهر المثل قال فإن تزوجها على ألف
فقبضتها ووهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها رجع عليها بخمسمائة لأنه لم يصل إليه
بالهبة عين ما يستوجبه لأن الدراهم والدنانير لا تتعينان في العقود والفسوخ وكذا إذا
كان المهر مكيلاً أو موزوناً أو شيئاً آخر في الذمة لعدم تعينها فإن لم تقبض الألف
حتى وهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع كل واحد منهما على صاحبه بشيء وفي
القياس يرجع عليها بنصف الصداق وهو قول زفر لأنه سلم له المهر بالإبراء فلا تبرأ
عما يستحقه بالطلاق وجه الاستحسان أنه وصل إليه عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول
وهو براءة ذمته عن نصف المهر ولا يبالي باختلاف السبب عند حصول المقصود
ولو قبضت خمسمائة ثم وهبت الألف كلها المقبوض وغيره أو وهبت الباقي ثم طلقها
قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء عند أبي حنيفة وقالا يرجع عليها
بنصف ما قبضت اعتباراً للبعض بالكل ولأن هبة البعض حط فيلتحق بأصل العقد
ولأبي حنيفة أن مقصود الزوج قد حصل وهو سلامة نصف الصداق بلا عوض

فلم يستوجب الرجوع عند الطلاق والحط لا يلتحق باصل العقد في النكاح الا ترى ان
الزيادة فيه لا تلتحق حتى لا تتنصف ولو كانت وهبت اقل من النصف وقبضت الباقي
فعنده يرجع عليها الى تمام النصف وعندهما بنصف المقبوض ولو كان تزوجها على عرض
فقبضته او لم تقبض فوهبته له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء وفي القياس
وهو قول زفر يرجع عليها بنصف قيمته لان الواجب رد نصف عين المهر على ما مر تقريره
وجه الاستحسان ان حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها وقد وصل اليه ولهذا
لم يكن لها دفع شيء آخر مكانه بخلاف ما اذا كان المهر دينا وبخلاف ما اذا باعت من
زوجها لانه وصل اليه ببدل ولو تزوجها على حيوان او عروض في الذمة فكذلك
الجواب لان المقبوض متعين في الرد وهذا لان الجهالة تحملت في النكاح فاذا عين يصير
كان التسمية وقعت عليه واذا تزوجها على الف على ان لا يخرجها من البلدة او على
ان لا يتزوج عليها اخرى فان وفى بالشرط فلها المسمى لانه صلح مهرا وقد تم رضاها به
وان تزوج عليها اخرى او اخرجها فلها مهر مثلها لانه سمى ما لها فيه نفع فعند فواته
ينعدم رضاها بالالف فيكمل مهر مثلها كما في تسمية الكرامة والهدية مع الالف
ولو تزوجها على الف ان اقام بها وعلى الفين ان اخرجها فان اقام بها فلها الالف
وان اخرجها فلها مهر مثلها لا يزاد على الالفين ولا ينقص عن الالف وهذا عند ابي حنيفة
وقالا الشرطان جائزان حتى كان لها الالف ان اقام بها والالفان ان اخرجها
وقال زفر الشرطان جميعا فاسدان ويكون لها مهر مثلها لا ينقص عن الالف ولا يزاد على الالفين
واصل المسألة في الاجارات في قوله ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك
نصف درهم وسنبينها ثمة ان شاء الله تعالى ولو تزوجها على هذا العبد او على هذا العبد فان كان
مهر مثلها اقل من اوكسهما فلها الاوكس وان كان اكثر من ارفعهما فلها الارفع وان كان بينهما فلها
مهر مثلها وهذا عند ابي حنيفة وقالا لها الاوكس في ذلك كله فان طلقها قبل الدخول بها
فلها نصف الاوكس في ذلك كله بالاجماع لهما ان المصير الى مهر المثل لتعذر ايجاب المسمى
وقد امكن ايجاب الاوكس اذ الاقل متيقن فصار كالخلع والاعتاق على مال وله ان الموجب
الاصلي مهر المثل اذ هو الاعدل والعدول عنه عند صحة التسمية وقد فسدت لمكان الجهالة
بخلاف الخلع والاعتاق لانه لا موجب له في البدل الا ان مهر المثل اذا كان اكثر من الارفع
فالمرأة رضيت بالحط وان كان انقص من الاوكس فالزوج رضي بالزيادة والواجب
في الطلاق قبل الدخول في مثله المتعة ونصف الاوكس يزيد عليها في العادة فوجب

لاعترافه بالزيادة واذا تزوجها على حيوان غير موصوف صحت التسمية ولها الوسط منه والزوج
مخير ان شاء اعطاها ذلك وان شاء اعطاها قيمته قال رضي الله عنه معنى هذه المسألة ان يسمي جنس
الحيوان دون الوصف بان يتزوجها على فرس او حمار اما اذا لم يسم الجنس بان تزوجها
على دابة لا تجوز التسمية ويجب مهر المثل وقال الشافعي يجب مهر المثل في الوجهين جميعا لان
عنده ما لا يصلح ثمنا في البيع لا يصلح مسمى في النكاح اذ كل واحد منهما عقد معاوضة ولنا
انه معاوضة مال بغير مال فجعلناه التزام المال ابتداء حتى لا يفسد باصل الجهالة كالدية
والاقارير وشرطنا ان يكون المسمى مالا وسطه معلوم رعاية للجانبين وذلك عند
اعلام الجنس لانه يشتمل على الجيد والرديء والوسط ذو حظ منهما بخلاف جهالة الجنس
لانه لا وسط له لاختلاف معاني الاجناس وبخلاف البيع لان مبناه على المضايقة والمماكسة
اما النكاح فمبناه على المسامحة وانما يتخير بينهما وان تزوجها على ثوب غير موصوف فلها مهر المثل
ومعناه ذكر الثوب ولم يزد عليه ووجهه ان هذه جهالة الجنس لان الثياب اجناس مختلفة
ولو سمى جنسا بان قال هروي تصح التسمية ويخير الزوج لما بينا لان الوسط لا يعرف الا بالقيمة
فصارت اصلا في حق الايفاء والعبد اصل تسمية فيتخير بينهما وكذا اذا بالغ في وصف الثوب
في ظاهر الرواية لانها ليست من ذوات الامثال وكذا اذا سمى مكيلا او موزونا وسمى جنسه
دون صفته وان سمى جنسه وصفته لا يخير لان الموصوف منهما يثبت دينا في الذمة ثبوتا
صحيحا فان تزوج المسلم على خمر او خنزير فالنكاح جائز ولها مهر مثلها لان شرط قبول الخمر
شرط فاسد فيصح النكاح ويلغو الشرط بخلاف البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة لكن لم تصح
التسمية لما ان المسمى ليس بمال في حق المسلم فوجب مهر المثل فان تزوج امرأة على هذا الدن
من الخل فاذا هو خمر فلها مهر مثلها عند ابي حنيفة وقالا لها مثل وزنه خلا وان تزوجها
على هذا العبد فاذا هو حر يجب مهر المثل عندهما وقال ابو يوسف تجب القيمة لانه اطمعها
مالا وعجز عن تسليمه فتجب قيمته او مثله ان كان من ذوات الامثال كما اذا هلك العبد المسمى
قبل التسليم وابو حنيفة يقول اجتمعت الاشارة والتسمية فتعتبر الاشارة لكونها ابلغ في
المقصود وهو التعريف فكانه تزوج على خمر او حر ومحمد يقول الاصل ان المسمى
اذا كان من جنس المشار اليه يتعلق العقد بالمشار اليه لان المسمى موجود في المشار اليه ذاتا
والوصف يتبعه وان كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى لان المسمى مثل المشار اليه وليس بتابع له
والتسمية ابلغ في التعريف من حيث انها تعرف الماهية والاشارة تعرف الذات الا ترى ان
من اشترى فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج لا ينعقد العقد لاختلاف الجنس ولو اشترى على

والوسط

اشترى فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج

لانه بقوله حر فاذا هو خضر ينعقد العقد لاتحاد الجنس وفي مسئلة العبد مع الحر جنسان حق
لقلة التفاوت في المنافع والخمر مع الخل جنسان لتحقق التفاوت في المقاصد وان تزوجها على
هذين العبدين فاذا احدهما حر فليس لها الا الباقي اذا ساوى عشرة دراهم عند ابي حنيفة
لانه مسمى ووجوب المسمى وان قل يمنع وجوب مهر المثل وقال ابو يوسف لها العبد وقيمة الحر لو كان
عبدا لانه اطمعها سلامة العبدين وعجز عن تسليم احدهما فيجب قيمته وقال محمد وهو رواية
عن ابي حنيفة لها العبد الباقي وتمام مهر المثل ان كان مهر مثلها اكثر من قيمة العبد لانهما لو كانا
حرين يجب تمام مهر المثل عنده فاذا كان احدهما عبدا يجب العبد وتمام مهر المثل واذا فرق
القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد قبل الدخول فلا مهر لها لان المهر لا يجب فيه بمجرد
العقد لفساده وانما يجب باستيفاء منافع البضع وكذا بعد الخلوة لان الخلوة فيه لا يثبت بها
التمكن فلا تقام مقام الوطئ فان دخل بها فلها مهر مثلها لا يزاد على المسمى عندنا خلافا
لزفر هو يعتبره بالبيع الفاسد ولنا ان المستوفى ليس بمال وانما يتقوم بالتسمية فان زادت
على مهر المثل لم تجب الزيادة لعدم صحة التسمية وان نقصت لم تجب الزيادة على المسمى لانعدام
التسمية بخلاف البيع لانه متقوم في نفسه فيتقدر بقيمته وعليها العدة الحاقا للشبهة
بالحقيقة في موضع الاحتياط وتحرزا عن اشتباه النسب ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق
لا من آخر الوطئات هو الصحيح لانها تجب باعتبار شبهة النكاح ورفعها بالتفريق ويثبت نسب
ولدها لان النسب يحتاط في اثباته احياء للولد فيترتب على الثابت من وجه وتعتبر مدة
النسب من وقت الدخول عند محمد وعليه الفتوى لان النكاح الفاسد ليس بداع اليه والاقامة
باعتباره قال ومهر مثلها يعتبر باخواتها وعماتها وبنات اعمامها لقول ابن مسعود رضي الله عنه
لها مهر مثل نسائها وهن اقارب الاب ولان الانسان من جنس قوم ابيه وقيمة الشيء انما
تعرف بالنظر في قيمة جنسه ولا يعتبر بامها وخالتها اذا لم تكونا من قبيلتها لما بينا فان
كانت الام من قوم ابيها بان كانت بنت عمه فحينئذ يعتبر بمهرها لما انها من قوم ابيها ويعتبر
في مهر المثل ان تتساوى المرأتان في السن والجمال والمال والعقل والدين والبلد والعصر
لان مهر المثل يختلف باختلاف هذه الاوصاف وكذا يختلف باختلاف الدار والعصر قالوا ويعتبر
التساوي ايضا في البكارة لانه يختلف بالبكارة والثيوبة واذا ضمن الولي المهر صح ضمانه
لانه من اهل الالتزام وقد اضافه الى ما يقبله فيصح ثم المرأة بالخيار في مطالبتها زوجها
او وليها اعتبارا بسائر الكفالات ويرجع الولي اذا ادى على الزوج ان كان بامره كما
هو الرسم في الكفالة وكذا يصح هذا الضمان وان كانت الزوجة صغيرة بخلاف ما اذا باع

الاب مال الصغير فضمن الثمن لان الولي سفير ومعبر في النكاح وفي البيع عاقد ومباشر حتى
ترجع الحقوق عليه والحقوق اليه ويصح ابراؤه عند ابي حنيفة ومحمد ويملك قبضه بعد
بلوغه فلو صح الضمان يصير ضامنا لنفسه وولاية قبض المهر للاب بحكم الابوة لا باعتبار انه
عاقد الا ترى انه لا يملك القبض بعد بلوغها فلا يصير ضامنا لنفسه قال وللمرأة ان تمنع نفسها
حتى تاخذ المهر وتمنعه ان يخرجها اي يسافر بها ليتعين حقها في البدل كما تعين حق الزوج
في المبدل وصار كالبيع وليس للزوج ان يمنعها من السفر والخروج من منزله وزيارة اهلها
حتى يوفيها المهر كله اي المعجل لان حق الحبس لاستيفاء المستحق وليس له حق الاستيفاء قبل
الايفاء ولو كان المهر كله مؤجلا ليس لها ان تمنع نفسها لاسقاطها حقها بالتاجيل كما
في البيع وفيه خلاف ابي يوسف وان دخل بها فكذلك الجواب عند ابي حنيفة وقالا ليس لها
ان تمنع نفسها والخلاف فيما اذا كان الدخول برضاها حتى لو كانت مكرهة او كانت صبية
او مجنونة لا يسقط حقها في الحبس بالاتفاق وعلى هذا الخلاف الخلوة برضاها ويبتني على هذا
استحقاق النفقة لهما ان المعقود عليه كله قد صار مسلما اليه بالوطئة الواحدة وبالخلوة ولهذا
يتاكد بها جميع المهر فلم يبق لها حق الحبس كالبائع اذا سلم المبيع وله انها منعت منه ما قابل البدل
لان كل وطئة تصرف في البضع المحترم فلا يخلى عن العوض ابانة لخطره والتاكد بالواحدة
لجهالة ما وراءها فلا يصلح مزاحما للمعلوم ثم اذا وجد آخر وصار معلوما تحققت المزاحمة
وصار المهر مقابلا بالكل كالعبد اذا جنى جناية يدفع كله بها ثم اذا جنى اخرى واخرى
يدفع بجميعها واذا اوفاها مهرها نقلها الى حيث شاء لقوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم
وقيل لا يخرجها الى بلد غير بلدها لان الغريب يؤذى وفي قرى المصر القريبة لا تتحقق
الغربة قال ومن تزوج امرأة ثم اختلفا في المهر فالقول قول المرأة الى تمام مهر مثلها والقول
قول الزوج فيما زاد على مهر المثل وان طلقها قبل الدخول بها فالقول قوله في نصف المهر
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف القول قوله بعد الطلاق وقبله الا ان ياتي بشيء
قليل ومعناه ما لا يتعارف مهرا لها هو الصحيح لابي يوسف ان المرأة تدعي الزيادة والزوج
ينكر والقول قول المنكر مع يمينه الا ان ياتي بشيء يكذبه الظاهر فيه وهذا لان تقوم
منافع البضع ضروري فمتى امكن ايجاب شيء من المسمى لا يصار اليه ولهما ان القول في الدعاوى
قول من يشهد له الظاهر والظاهر شاهد لمن يشهد له مهر المثل لانه هو الموجب الاصلي في باب
النكاح وصار كالصباغ مع رب الثوب اذا اختلفا في مقدار الاجر يحكم فيه قيمة الصبغ
ثم ههنا ان بعد الطلاق قبل الدخول القول قوله في نصف المهر وهذا رواية الجامع الصغير

والاصل فيه ما ذكر في الجامع الكبير انه يحكم متعة مثلها وهو قياس قولهما لان المتعة موجبة بعد الطلاق
كمهر المثل قبله فتحكم كهو ووجه التوفيق انه وضع المسئلة في الاصل في الالف والالفين
والمتعة لا تبلغ هذا المبلغ في العادة فلا يفيد تحكيمها ووضعها في الجامع الكبير في المائة
والعشرة ومتعة مثلها عشرون فيفيد تحكيمها والمذكور في الجامع الصغير ساكت عن ذكر
المقدار فيحمل على ما هو المذكور في الاصل وشرح قولهما فيما اذا اختلفا في حال قيام
النكاح ان الزوج اذا ادعى الالف والمرأة الالفين فان كان مهر مثلها الفا او اقل فالقول
قوله وان كان الفين او اكثر فالقول قولها وايهما اقام البينة في الوجهين تقبل وان
اقاما البينة في الوجه الاول تقبل بينتها لانها تثبت الزيادة وفي الوجه الثاني بينته لانها
تثبت الحط وان كان مهر مثلها الفا وخمسمائة تحالفا واذا حلفا يجب الف وخمسمائة
هذا تخريج الرازي رحمه الله وقال الكرخي يتحالفان في الفصول الثلثة ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك
ولو كان الاختلاف في اصل المسمى يجب مهر المثل بالاجماع لانه هو الاصل عندهما وعنده تعذر
القضاء بالمسمى فيصار اليه ولو كان الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول قول ورثة
الزوج عند ابي حنيفة ولا يستثنى القليل وعند محمد الجواب فيه كالجواب في حالة الحيوة وان
كان في اصل المسمى فعند ابي حنيفة القول قول من انكره فالحاصل انه لا يحكم بمهر المثل عنده
بعد موتهما على ما نبينه من بعد ان شاء الله تعالى واذا مات الزوجان وقد سمى لها مهرا فلورثتها
ان تأخذ ذلك من ميراث الزوج وان لم يكن سمى لها مهرا فلا شيء لورثتها عند ابي حنيفة
وقالا لورثتها المهر في الوجهين معناه المسمى في الوجه الاول ومهر المثل في الثاني اما الاول
فلان المسمى دين في ذمته وقد تأكد بالموت فيقضي من تركته الا اذا علم انها ماتت اولا
فيسقط نصيبه من ذلك واما الثاني فوجه قولهما ان مهر المثل صار دينا في ذمته كالمسمى
فلا يسقط بالموت كما اذا مات احدهما ولابي حنيفة ان موتهما يدل على انقراض اقرانهما فبمهر
من يقدر القاضي مهر المثل قال ومن بعث الى امرأته شيئا فقالت هو هدية وقال الزوج
هو من المهر فالقول قوله لانه هو المملك فكان اعرف بجهة التمليك كيف وان الظاهر
انه يسعى في اسقاط الواجب قال الا في الطعام الذي يوكل فان القول قولها والمراد منه
ما يكون مهيئا للاكل لانه يتعارف هدية فاما في الحنطة والشعير فالقول قوله لما بينا وقيل
ما يجب عليه من الخمار والدرع وغيره ليس له ان يحتسبه من المهر لان الظاهر يكذبه **فصل**
واذا تزوج النصراني نصرانية على ميتة او على غير مهر وذلك في دينهم جائز فدخل بها
او طلقها قبل الدخول بها او مات عنها فليس لها مهر وكذلك الحربيان في دار الحرب وهذا

بعد موت احدهما فالجواب فيه
كالجواب في حياتهما لان اعتبار
مهر المثل لا يسقط بموت
احدهما ولو كان الاختلاف

عند

عند ابي حنيفة وهو قولهما في الحربيين واما في الذمية فلها مهر مثلها ان مات عنها او دخل بها
والمتعة ان طلقها قبل الدخول بها وقال زفر لها مهر المثل في الحربية ايضا له ان الشرع
ما شرع ابتغاء النكاح الا بالمال وهذا الشرع وقع عاما فيثبت الحكم على العموم ولهما ان
اهل الحرب غير ملتزمين احكام الاسلام وولاية الالزام منقطعة لتباين الدارين بخلاف
اهل الذمة لانهم التزموا احكامنا فيما يرجع الى المعاملات كالزنا والربوا وولاية الالزام
متحققة لاتحاد الدار ولابي حنيفة ان اهل الذمة لا يلتزمون احكامنا في الديانات
وفيما يعتقدون خلافه في المعاملات وولاية الالزام بالسيف وبالمحاجة وكل ذلك
منقطع عنهم باعتبار عقد الذمة فانا امرنا بان نتركهم وما يدينون فصاروا كاهل الحرب
بخلاف الزنا لانه حرام في الاديان كلها والربوا مستثنى عن عقودهم لقوله عليه الصلوة والسلام
الا من اربى فليس بيننا وبينه عهد وقوله في الكتاب او على غير مهر يحتمل نفي المهر ويحتمل
السكوت وقد قيل في الميتة والسكوت روايتان والاصح ان الكل على الخلاف فان تزوج
الذمي ذمية على خمر او خنزير ثم اسلما او اسلم احدهما فلها الخمر والخنزير معناه اذا كانا
باعيانهما والاسلام قبل القبض وان كانا بغير اعيانهما فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير
مهر المثل وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف لها مهر المثل في الوجهين وقال محمد لها القيمة
في الوجهين وجه قولهما ان القبض مؤكد للملك في المقبوض فيكون له شبه بالعقد فيمتنع بسبب
الاسلام كالعقد وصار كما اذا كانا بغير اعيانهما واذا التحق حالة القبض بحالة العقد
فابو يوسف يقول لو كانا مسلمين وقت العقد يجب مهر المثل فكذا هنا ومحمد يقول صحت
التسمية لكون المسمى مالا عندهم الا انه امتنع التسليم للاسلام فتجب القيمة كما اذا هلك العبد المسمى
قبل القبض ولابي حنيفة ان الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا تملك
التصرف فيه وبالقبض ينتقل من ضمان الزوج الى ضمانها وذلك لا يمتنع بالاسلام
كاسترداد الخمر المغصوب وفي غير المعين القبض موجب لملك العين فيمتنع بالاسلام
بخلاف المشتري لان ملك التصرف انما يستفاد فيه بالقبض واذا تعذر القبض في غير المعين
لا تجب القيمة في الخنزير لانه من ذوات القيم فيكون اخذ قيمته كاخذ عينه ولا كذلك الخمر
لانه من ذوات الامثال الا يرى انه لو جاء بالقيمة قبل الاسلام تجبر على القبول في الخنزير
دون الخمر ولو طلقها قبل الدخول بها فمن اوجب مهر المثل اوجب المتعة ومن اوجب القيمة
اوجب نصفها **باب نكاح الرقيق** لا يجوز نكاح العبد والامة الا باذن
مولاهما وقال مالك يجوز للعبد لانه يملك الطلاق فيملك النكاح ولنا قوله عليه السلام ايما عبد

العين

تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر ولان في تنفيذ نكاحهما تعييبهما اذ النكاح عيب فيهما
فلا يملكانه بدون اذن مولاهما وكذلك المكاتب لان الكتابة اوجبت فك الحجر في حق
الكسب فبقي في حق النكاح على حكم الرق ولهذا لا يملك المكاتب تزويج عبده ويملك تزويج
امته لانه من باب الاكتساب وكذا المكاتبة لا تملك تزويج نفسها بدون اذن المولى و
تملك تزويج امتها لما بينا وكذا المدبر وام الولد لان الملك فيهما قائم قال واذا تزوج العبد
باذن مولاه فالمهر دين في رقبته يباع فيه لان هذا دين وجب في رقبة العبد لوجود
سببه من اهله وقد ظهر في حق المولى لصدور الاذن من جهته فيتعلق برقبته دفعا
للمضرة عن اصحاب الديون كما في دين التجارة والمدبر والمكاتب يسعيان في المهر ولا
يباعان فيه لانهما لا يحتملان النقل من ملك الى ملك مع بقاء الكتابة والتدبير فيؤدي
من كسبهما لا من نفسهما قال واذا تزوج العبد بغير اذن مولاه فقال المولى طلقها او
فارقها فليس هذا باجازة لانه يحتمل الرد لان رد هذا العقد ومتاركته يسمى طلاقا ومفارقة
وهو اليق بحال العبد المتمرد او هو ادنى فكان الحمل عليه اولى وان قال طلقها تطليقة
تملك الرجعة فهذا اجازة لان الطلاق الرجعي لا يكون الا في نكاح صحيح فيتعين الاجازة
ومن قال لعبده تزوج هذه الامة فتزوجها نكاحا فاسدا ودخل بها فانه يباع في المهر
عند ابي حنيفة وقالا لا يؤخذ منه اذا عتق واصله ان الاذن في النكاح ينتظم الفاسد والجائز
عنده فيكون هذا المهر ظاهرا في حق المولى عنده وعندهما ينصرف الى الجائز لا غير فلا
يكون ظاهرا في حق المولى فيؤاخذ به بعد العتاق لهما ان المقصود من النكاح في المستقبل
الاعفاف والتحصين وذلك بالجائز ولهذا لو حلف لا يتزوج ينصرف الى الجائز بخلاف
البيع لان بعض المقاصد حاصل وهو ملك التصرف وله ان اللفظ مطلق فيجري على
اطلاقه كما في البيع وبعض المقاصد في النكاح الفاسد حاصل كالنسب ووجوب المهر والعدة
على اعتبار وجود الوطء ومسألة اليمين ممنوعة على هذه الطريقة قال ومن زوج عبدا
مأذونا له امرأة جاز والمرأة اسوة للغرماء في مهرها ومعناه اذا كان النكاح بمهر المثل
ووجهه ان سبب ولاية المولى ملك الرقبة على ما نذكره والنكاح لا يلاقي حق الغرماء بالابطال
مقصودا الا انه اذا صح النكاح وجب الدين بسبب لا مرد له فشابه دين الاستهلاك وصار
كالمريض المديون اذا تزوج امرأة فبمهر مثلها اسوة للغرماء قال ومن زوج امته فليس
عليه ان يبوئها بيت الزوج ولكنها تخدم المولى ويقال للزوج متى ظفرت بها وطئتها
لان حق المولى في الاستخدام باق والتبوئة ابطال له فان بوأها معه بيتا فلها النفقة

والسكنى والا فلا لان النفقة تقابل الاحتباس ولو بوأها بيتا ثم بدا له ان يستخدمها له ذلك
لان الحق باق لبقاء الملك فلا يسقط بالتبوئة كما لا يسقط بالنكاح قال رضـ
ذكر تزويج المولى عبده وامته ولم يذكر رضاهما وهذا يرجع الى مذهبنا ان للمولى اجبارهما
على النكاح وعند الشافعي لا اجبار في العبد وهو رواية عن ابي حنيفة لان النكاح من خصائص
الادمية والعبد داخل تحت ملك المولى من حيث انه مال فلا يملك انكاحه بخلاف الامة لانه
مالك منافع بضعها فيملك تمليكها ولنا ان الانكاح اصلاح ملكه لان فيه تحصينه عن الزنا
الذي هو سبب الهلاك والنقصان فيملكه اعتبارا بالامة بخلاف المكاتب والمكاتبة لانهما
التحقا بالاحرار تصرفا فيشترط رضاهما ومن زوج امته ثم قتلها قبل ان يدخل بها زوجها
فلا مهر لها عند ابي حنيفة وقالا عليه المهر لمولاها اعتبارا بموتها حتف انفها وهذا
لان المقتول ميت باجله فصار كما اذا قتلها اجنبي وله انه منع المبدل قبل التسليم فيجازى بمنع البدل
كما اذا ارتدت الحرة والقتل في احكام الدنيا جعل اتلافا حتى وجب القصاص والدية فكذا
في حق المهر وان قتلت حرة نفسها قبل ان يدخل بها زوجها فلها المهر خلافا لزفر هو يعتبره
بالردة وبقتل المولى امته والجامع ما بيناه ولنا ان جناية المرء على نفسه غير معتبرة في حق
احكام الدنيا فشابه موتها حتف انفها بخلاف قتل المولى امته لانه معتبر في حق احكام الدنيا
حتى تجب الكفارة عليه قال واذا تزوج الامة فالاذن في العزل الى المولى عند ابي حنيفة وعن
ابي يوسف ومحمد ان الاذن اليها لان الوطء حقها حتى تثبت لها ولاية المطالبة وفي العزل
تنقيص حقها فيشترط رضاها كما في الحرة بخلاف الامة المملوكة لانه لا مطالبة لها فلا يعتبر
رضاها ووجه ظاهر الرواية ان العزل يخل بمقصود الولد وهو حق المولى فيعتبر رضاه
وبهذا فارقت الحرة وان تزوجت امة باذن مولاها ثم اعتقت فلها الخيار حرا كان
زوجها او عبدا لقوله عليه السلام لبريرة حين اعتقت ملكت بضعك فاختاري فالتعليل بملك
البضع صدر مطلقا فينتظم الفصلين والشافعي يخالفنا فيما اذا كان زوجها حرا وهو محجوج
به ولانه يزداد الملك عليها عند العتق فيملك الزوج بعده ثلث تطليقات فتملك رفع اصل العقد
دفعا للزيادة وكذلك المكاتبة يعني اذا تزوجت باذن مولاها ثم عتقت وقال زفر
لا خيار لها لان العقد نفذ عليها برضاها وكان المهر لها فلا معنى لاثبات الخيار بخلاف الامة
لانه لا يعتبر رضاها ولنا ان العلة ازدياد الملك وقد وجدناها في المكاتبة لان عدتها
قرءان وطلاقها ثنتان وان تزوجت امة بغير اذن مولاها ثم اعتقت صح النكاح لانها
من اهل العبارة وامتناع النفوذ لحق المولى وقد زال ولا خيار لها لان النفوذ بعد العتق فلا

يتحقق زيادة الملك كما اذا زوجت نفسها بعد العتق وان كانت تزوجت بغير اذنه على الف
ومهر مثلها مائة فدخل بها زوجها ثم اعتقها فالمهر للمولى لانه استوفى منافع مملوكة للمولى
وان لم يدخل بها حتى اعتقها فالمهر لها لانه استوفى منافع مملوكة لها والمراد بالمهر الالف
المسمى لان نفاذ العقد بالعتق استند الى وقت وجود العقد فصحت التسمية ووجب المسمى
ولهذا لم يجب مهر اخر بالوطي في نكاح موقوف لان العقد قد اتحد باستناد النفاذ فلا
يوجب الا مهرا واحدا ومن وطي امة ابنه فولدت منه فهي ام ولد له وعليه قيمتها ولا مهر عليه
ومعنى المسئلة ان يدعيه الاب ووجهه ان له ولاية تملك مال ابنه للحاجة الى البقاء فله تملك
جاريته للحاجة الى صيانة الماء غير ان الحاجة الى ابقاء نسله دونها فلهذا تملك الجارية
بالقيمة والطعام بغير القيمة ثم هذا الملك يثبت قبيل الاستيلاد شرطا له اذ المصحح حقيقة الملك
او حقه وكل ذلك غير ثابت للاب فيها حتى يجوز له التزوج بها فلا بد من تقديمه فتبين ان الوطي
يلاقي ملكه فلا يلزمه العقر وقال زفر والشافعي يجب المهر لانهما يثبتان الملك حكما للاستيلاد
كما في الجارية المشتركة وحكم الشي يعقبه والمسئلة معروفة ولو كان الابن زوجها اباه فولدت
منه لم تصر ام ولد له ولا قيمة عليه وعليه المهر وولدها حر لانه صح التزوج عندنا خلافا
للشافعي لخلوها عن ملك الاب الا يرى ان الابن ملكها من كل وجه فمن المحال ان يملكها الاب
من وجه وكذا يملك من التصرفات ما لا يبقى معه ملك الاب لو كان فدل على انتفاء ملكه
الا انه يسقط الحد للشبهة واذا جاز النكاح صار ماؤه مصونا به فلم يثبت ملك اليمين فلا تصير
ام ولد له ولا قيمة عليه فيها ولا في ولدها لانه لم يملكها وعليه المهر لالتزامه بالنكاح وولدها
حر لانه ملكه اخوه فعتق عليه واذا كانت الحرة تحت عبد فقالت لمولاه اعتقه عني بالف
ففعل فسد النكاح وقال زفر لا يفسد واصله انه يقع العتق عن الامر عندنا حتى يكون الولاء له
ولو نوى به الكفارة يخرج عن عهدتها وعنده يقع عن المامور لانه طلب ان يعتق المامور
عبده عنه وهذا محال لانه لا عتق فيما لا يملكه ابن ادم فلم يصح الطلب فيقع العتق عن المامور
ولنا انه امكن تصحيحه بتقديم الملك بطريق الاقتضاء اذ الملك شرط لصحة العتق عنه
فيصير قوله اعتق طلب التمليك منه بالالف ثم امره باعتاق عبد الامر عنه وقوله اعتقت
تمليكا منه ثم الاعتاق عنه واذا ثبت الملك للامر فسد النكاح للتنافي بين الملكين ولو قالت
اعتقه عني ولم تسم مالا لم يفسد النكاح والولاء للمعتق وهذا عند ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف هذا والاول سواء لانه يقدم التمليك بغير عوض تصحيحا لتصرفه ويسقط
اعتبار القبض كما اذا كان عليه كفارة ظهار فامر غيره ان يطعم عنه ولهما ان الهبة من شرطها

الى البقاء بنفسه

بالقرابة

القبض

القبض بالنص فلا يمكن اسقاطه ولا نيابته اقتضاء لانه فعل حسي بخلاف البيع لانه تصرف
شرعي وفي تلك المسئلة الفقير ينوب عن الامر في القبض اما العبد فلا يقع في يده شي
لينوب عنه

باب نكاح اهل الشرك

واذا تزوج الكافر بغير شهود او في عدة كافر
وذلك في دينهم جائز ثم اسلما اقرا عليه وهذا عند ابي حنيفة وقال زفر النكاح
فاسد في الوجهين الا انه لا يتعرض لهم قبل الاسلام والمرافعة الى الحكام وقال
ابو يوسف ومحمد في الوجه الاول كما قال ابو حنيفة وفي الوجه الثاني كما قال زفر له
ان الخطابات عامة على ما مر فيلزمهم وانما لا يتعرض لهم لذمتهم اعراضا لا تقريرا
فاذا ترافعوا او اسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق ولهما ان حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها
فكانوا ملتزمين لها وحرمة النكاح بغير الشهود مختلف فيها ولم يلتزموا احكامنا بجميع
الاختلافات ولابي حنيفة ان الحرمة لا يمكن اثباتها حقا للشرع لانهم لا يخاطبون بحقوقه
ولا وجه الى ايجاب العدة حقا للزوج لانه لا يعتقده بخلاف ما اذا كانت تحت مسلم لانه يعتقده
واذا صح النكاح فحالة المرافعة والاسلام حالة البقاء والشهادة ليست شرطا فيها وكذا
العدة لا تنافيها كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة فان تزوج المجوسي امه او ابنته ثم اسلما
فرق بينهما لان نكاح المحارم له حكم البطلان فيما بينهم عندهما كما ذكرنا في العدة ووجب
التعرض بالاسلام فيفرق وعنده له حكم الصحة في الصحيح الا ان المحرمية تنافي بقاء النكاح
فيفرق بخلاف العدة لانها لا تنافيه ثم باسلام احدهما يفرق بينهما وبمرافعة احدهما
لا يفرق عند ابي حنيفة خلافا لهما والفرق ان استحقاق احدهما لا يبطل بمرافعة صاحبه اذ لا يتغير به
اعتقاده اما اعتقاد المصر لا يعارض اسلام المسلم لان الاسلام يعلو ولا يعلى ولو ترافعا
يفرق بالاجماع لان مرافعتهما كتحكيمهما ولا يجوز ان يتزوج المرتد مسلمة ولا كافرة
ولا مرتدة لانه مستحق للقتل والامهال ضرورة التامل والنكاح يشغله عنه فلا يشرع
في حقه وكذا المرتدة لا يتزوجها مسلم ولا كافر لانها محبوسة للتامل وخدمة الزوج
تشغلها ولانه لا ينتظم بينهما المصالح والنكاح ما شرع لعينه بل لمصالحه فان كان احد
الزوجين مسلما فالولد على دينه وكذا اذا اسلم احدهما وله ولد صغير صار ولده مسلما
باسلامه لان في جعله تبعا له نظرا له ولو كان احدهما كتابيا والاخر مجوسيا فالولد
كتابي لان فيه نوع نظر له اذ المجوسية شر والشافعي يخالفنا فيه للتعارض ونحن بينا
الترجيح واذا اسلمت المرأة وزوجها كافر عرض القاضي عليه الاسلام فان اسلم فهي امرأته
وان ابى فرق بينهما وكان ذلك طلاقا عند ابي حنيفة ومحمد وان اسلم الزوج وتحته مجوسية

حتى يجوز للمسلم نكاحها ويحل ذبيحتها

عرض عليها الاسلام فان اسلمت فهي امرأته وان ابت فرق القاضي بينهما ولم تكن الفرقة طلاقا
وقال ابو يوسف لا يكون طلاقا في الوجهين اما العرض فمذهبنا وقال الشافعي لا يعرض
الاسلام لان فيه تعرضا لهم وقد ضمنا بعقد الذمة ان لا نتعرض لهم الا ان ملك النكاح
قبل الدخول غير متأكد فينقطع بنفس الاسلام وبعده متأكد فيؤجل الى انقضاء ثلث حيض
كما في الطلاق ولنا ان المقاصد قد فاتت فلا بد من سبب تنبني عليه الفرقة والاسلام
طاعة لا يصلح سببا فيعرض الاسلام او تثبت الفرقة بالاباء وجه قول ابي يوسف
لتحصل المقاصد بالاسلام
ان الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان فلا يكون طلاقا كالفرقة بسبب الملك ولهما ان بالاباء
امتنع عن الامساك بالمعروف مع قدرته عليه بالاسلام فينوب القاضي منابه في التسريح
كما في الجب والعنة اما المرأة ليست باهل للطلاق فلا ينوب القاضي منابها عند ابائها
ثم اذا فرق القاضي بينهما باباها فلها المهر ان كان دخل بها لتأكده بالدخول وان لم يكن
دخل بها فلا مهر لها لان الفرقة من قبلها والمهر لم يتأكد فاشبه الردة والمطاوعة
واذا اسلمت المرأة في دار الحرب وزوجها كافر واسلم الحربي وتحته مجوسية لم تقع الفرقة عليها
حتى تحيض ثلث حيض ثم تبين من زوجها وهذا لان الاسلام ليس سببا للفرقة والعرض على
الاسلام متعذر لقصور الولاية ولا بد من الفرقة دفعا للفساد فاقمنا شرطها
وهو مضي الحيض مقام السبب كما في حفر البئر ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها والشافعي يفصل
كما مر له في دار الاسلام واذا وقعت الفرقة والمرأة حربية فلا عدة عليها وان كانت
هي المسلمة فكذلك عند ابي حنيفة خلافا لهما وسيأتيك ان شاء الله تعالى واذا اسلم زوج الكتابية
فهما على نكاحهما لانه يصح النكاح بينهما ابتداء فلان يبقى اولى واذا خرج احد الزوجين
الينا من دار الحرب مسلما وقعت البينونة بينهما وقال الشافعي لا تقع ولو سبي احد الزوجين
وقعت البينونة وان سبيا معا لم تقع وقال الشافعي تقع في السبي دون التباين والحاصل ان السبب هو التباين
عندنا دون السبي وهو يعكسه له ان التباين اثره في انقطاع الولاية وذلك لا يؤثر في الفرقة
كالحربي المستأمن والمسلم المستأمن اما السبي فيقتضي الصفاء للسابي ولا يتحقق الا بانقطاع
النكاح ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسبي ولنا ان مع التباين حقيقة وحكما لا ينتظم
المصالح فشابه المحرمية والسبي يوجب ملك الرقبة وهو لا ينافي النكاح ابتداء فكذلك
بقاء فصار كالشراء ثم هو يقتضي الصفاء في محل عمله وهو المال لا في محل النكاح وفي
المستأمن لم تتباين الدار حكما لقصده الرجوع واذا خرجت المرأة الينا مهاجرة جاز
ان تتزوج ولا عدة عليها عند ابي حنيفة وقالا عليها العدة لان الفرقة وقعت بعد الدخول

في

في دار الاسلام فيلزمها حكم الاسلام ولابي حنيفة انها اثر النكاح المتقدم وجبت اظهارا
لخطره ولا خطر لملك الحربي ولهذا لا تجب على المسبية وان كانت حاملا لم تتزوج حتى تضع
حملها وعن ابي حنيفة انه يصح النكاح ولا يقربها زوجها حتى تضع كما في الحبلى من الزنا و
الاول انه ثابت النسب فاذا ظهر الفراش في حق النسب يظهر في حق المنع من النكاح احتياطا
واذا ارتد احد الزوجين عن الاسلام وقعت الفرقة بغير طلاق وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد ان كانت الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق هو يعتبره بالاباء
والجامع ما بيناه وابو يوسف مر على ما اصلنا له في الاباء وابو حنيفة فرق ووجهه ان
الردة منافية للنكاح لكونها منافية للعصمة والطلاق رافع فتعذر ان تجعل طلاقا
بخلاف الاباء لانه يفوت الامساك بالمعروف فيجب التسريح بالاحسان على ما مر
ولهذا تتوقف الفرقة بالاباء على القضاء ولا تتوقف بالردة ثم ان كان الزوج
هو المرتد فلها كل المهر ان دخل بها ونصف المهر ان لم يدخل بها وان كانت هي المرتدة
فلها كل المهر ان دخل بها وان لم يدخل بها فلا مهر لها ولا نفقة لان الفرقة من قبلها
واذا ارتدا معا ثم اسلما معا فهما على نكاحهما استحسانا وقال زفر يبطل لان ردة
احدهما منافية وفي ردتهما ردة احدهما ولنا ما روي ان بني حنيفة ارتدوا ثم
اسلموا ولم يأمرهم الصحابة بتجديد الانكحة والارتداد منهم واقع معا لجهالة التاريخ
ولو اسلم احدهما بعد الارتداد فسد النكاح بينهما لاصرار الآخر على الردة لانه مناف
كابتدائها

باب القسم

واذا كان للرجل امرأتان حرتان فعليه ان يعدل بينهما
في القسم بكرين كانتا او ثيبين او كانت احداهما بكرا والاخرى ثيبا لقوله النبي عليه السلام
من كانت له امرأتان ومال الى احداهما في القسم جاء يوم القيمة وشقه مائل وعن عائشة
رضي الله عنها ان النبي عليه الصلاة والسلام كان يعدل في القسم بين نسائه وكان يقول
اللهم هذا قسمي فيما املك فلا تؤاخذني فيما لا املك يعني زيادة المحبة ولا فصل فيما روينا
والقديمة والجديدة فيه سواء لاطلاق ما روينا ولان القسم من حقوق النكاح ولا
تفاوت بينهن في ذلك والاختيار في مقدار الدور الى الزوج لان المستحق هو التسوية
دون طريقه والتسوية المستحقة في البيتوتة لا في المجامعة لانها تبتني على النشاط وان
كانت احديهما حرة والاخرى امة فللحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث بذلك ورد الاثر
ولان حل الامة انقص من حل الحرة فلا بد من اظهار النقصان في الحقوق والمكاتبة
والمدبرة وام الولد بمنزلة الامة لان الرق فيهن قائم قال ولا حق لهن في القسم

حالة السفر يسافر الزوج بمن شاء منهن والأولى أن يقرع بينهن فيسافر بمن
خرجت قرعتها وقال الشافعي القرعة مستحقة لما روي أن النبي عليه السلام كان إذا أراد سفرا
أقرع بين نسائه إلا أنا نقول إن القرعة لتطييب قلوبهن فيكون من باب الاستحباب
وهذا لأنه لا حق للمرأة عند مسافرة الزوج ألا يرى أن له أن لا يستصحب واحدة منهن
فكذا له أن يسافر بواحدة منهن ولا يحتسب عليه بتلك المدة وإن رضيت إحدى الزوجات
بترك قسمها لصاحبتها جاز لأن سودة بنت زمعة رضي الله عنها سألت رسول الله صلى الله عليه
وسلم أن يراجعها وتجعل يوم نوبتها لعائشة رضي الله عنها ولها أن ترجع في ذلك لأنها
أسقطت حقا لم يجب بعد فلا يسقط

كتاب الرضاع

قليل الرضاع وكثيره سواء
إذا حصل في مدة الرضاع تعلق به التحريم وقال الشافعي لا يثبت التحريم إلا بخمس رضعات
لقوله عليه السلام لا تحرم المصة ولا المصتان ولا الإملاجة ولا الإملاجتان ولنا
قوله تعالى وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم الآية وقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب
من غير فصل ولأن الحرمة وإن كانت لشبهة البعضية الثابتة بنشوز العظم وإنبات اللحم لكنه
أمر مبطن فتعلق الحكم بفعل الإرضاع وما رواه مردود بالكتاب أو منسوخ به وينبغي
أن يكون في مدة الرضاع على ما بينا ثم مدة الرضاع ثلاثون شهرا عند أبي حنيفة وقالا
سنتان وهو قول الشافعي وقال زفر ثلاثة أحوال لأن الحول حسن للتحول من حال إلى
حال ولا بد من الزيادة على الحولين لما نبين فيقدر به ولهما قوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا
ومدة الحمل أدناها ستة أشهر فبقي للفصال حولان وقال عليه السلام لا رضاع بعد حولين وله
هذه الآية ووجهه أنه تعالى ذكر شيئين وضرب لهما مدة فكانت لكل واحد منهما بكمالها
كالأجل المضروب للدينين إلا أنه قام المنقص في أحدهما فبقي في الثاني على ظاهره ولأنه
لا بد من تغيير الغذاء لينقطع الإنبات باللبن وذلك بزيادة مدة يتعود الصبي فيها
غيره فقدرت بأدنى مدة الحمل لأنها مغيرة فإن غذاء الجنين يغاير غذاء الرضيع كما
يغاير غذاء الفطيم والحديث محمول على مدة الاستحقاق وعليه يحمل النص المقيد بحولين في
الكتاب وإذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم لقوله عليه السلام لا رضاع بعد
الفصال ولأن الحرمة باعتبار النشوء وذلك في المدة إذ الكبير لا يتربى به ولا يعتبر
الفطام قبل المدة إلا في رواية عن أبي حنيفة إذا استغنى عنه ووجهه انقطاع النشوء بتغير
الغذاء وهل يباح الإرضاع بعد المدة فقد قيل لا يباح لأن إباحته ضرورية لكونه
جزء الآدمي قال ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب إلا أنه تكون أمه أو موطوءة أبيه

النشوء

عن الحديث الذي رويناه إلا أم أخته
من الرضاع فإنه يجوز أن يتزوجها
ولا يجوز أن يتزوج بأم أخته
من النسب

بخلاف الرضاع ويجوز أن يتزوج أخت ابنه من الرضاع ولا يجوز ذلك من النسب لأنه لما وطئ
أمها حرمت عليه ولم يوجد هذا المعنى في الرضاع وامرأة أبيه وامرأة ابنه من الرضاع
لا يجوز أن يتزوجها كما لا يجوز ذلك من النسب لما روينا وذكر الأصلاب في النص لإسقاط
اعتبار التبني على ما بيناه قال ولبن الفحل يتعلق به التحريم وهو أن ترضع المرأة صبية
فتحرم هذه الصبية على زوجها وعلى آبائه وأبنائه ويصير الزوج الذي نزل لها منه
اللبن أبا للمرضعة وفي أحد قولي الشافعي لبن الفحل لا يحرم لأن الحرمة لشبهة البعضية
واللبن بعضها لا بعضه ولنا ما روينا والحرمة بالنسب من الجانبين فكذا بالرضاع
وقال عليه السلام لعائشة رضي الله عنها ليلج عليك أفلح فإنه عمك من الرضاعة ولأنه سبب
لنزول اللبن منها فيضاف إليه في موضع الحرمة احتياطا قال ويجوز أن يتزوج الرجل
بأخت أخيه من الرضاع كما يجوز أن يتزوج بأخت أخيه من النسب وذلك مثل الأخ من
الأب إذا كان له أخت من أمه جاز لأخيه من أبيه أن يتزوجها قال وكل صبيين
اجتمعا على ثدي واحد لم يجز لأحدهما أن يتزوج بالأخرى هذا هو الأصل لأن أمهما
واحدة فهما أخ وأخت ولا يتزوج المرضعة أحد من ولد التي أرضعت لأنه أخوها
ولا ولد ولدها لأنه ولد أخيها ولا يتزوج الصبي المرضع أخت زوج المرضعة
لأنها عمته من الرضاع قال وإذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب تعلق به التحريم
وإن غلب الماء لم يتعلق به التحريم خلافا للشافعي هو يقول إنه موجود فيه حقيقة ونحن
نقول المغلوب غير موجود حكما حتى لا يظهر في مقابلة الغالب كما في اليمين وإن
اختلط بالطعام لم يتعلق به التحريم وإن كان اللبن غالبا عند أبي حنيفة وقالا
إذا كان اللبن غالبا يتعلق به التحريم قال رضي الله عنه قولهما إذا لم تمسه النار
حتى لو طبخ بها لا يتعلق به التحريم في قولهم جميعا لهما أن العبرة للغالب كما في الماء
إذا لم يغيره شيء عن حاله ولأبي حنيفة أن الطعام أصل واللبن تابع له في حق المقصود
فصار كالمغلوب ولا يعتبر بتقاطر اللبن من الطعام عنده هو الصحيح لأن التغذي
بالطعام إذ هو الأصل قال وإن اختلط بالدواء واللبن غالب تعلق به التحريم
لأن اللبن يبقى مقصودا فيه إذ الدواء لتقويته على الوصول قال وإن اختلط اللبن
بلبن شاة وهو الغالب تعلق به التحريم وإن غلب لبن الشاة لم يتعلق به التحريم
اعتبارا للغالب كما في الماء قال وإذا اختلط لبن امرأتين تعلق التحريم بأغلبهما
عند أبي يوسف لأن الكل صار شيئا واحدا فيجعل الأقل تابعا للأكثر في

معتبرة

بناء الحكم عليه وقال محمد وزفر يتعلق التحريم بهما لان الجنس لا يغلب الجنس فان الشيء لا يصير مستهلكا
في جنسه لاتحاد المقصود وعن ابي حنيفة في هذا روايتان واصل المسئلة في الايمان قال
واذا نزل للبكر لبن فارضعت به صبيا تعلق به التحريم لاطلاق النص ولانه سبب
النشو فتثبت به شبهة البعضية قال واذا حلب لبن المرأة بعد موتها فاوجر به
الصبي تعلق به التحريم خلافا للشافعي هو يقول الاصل في ثبوت الحرمة انما هو المرأة
ثم تتعدى الى غيرها بواسطتها وبالموت لم تبق محلا لها ولهذا لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة
ولنا ان السبب هو شبهة الجزئية وذلك في اللبن لمعنى الانشاز والانبات وهو قائم
باللبن وهذه الحرمة تظهر في حق الميتة دفنا وتيمما اما الجزئية في الوطء فلكونه ملاقيا
لمحل الحرث وقد زال بالموت فافترقا قال واذا احتقن الصبي باللبن لم يتعلق به التحريم و
عن محمد انه تثبت به الحرمة كما يفسد به الصوم ووجه الفرق على الظاهر ان المفسد للصوم
اصلاح البدن ويوجد ذلك في الدواء اما المحرم في الرضاع فمعنى النشو ولا يوجد
ذلك في الاحتقان لان المغذي وصوله من الاعلى قال واذا نزل للرجل لبن فارضع
صبيا لم يتعلق به التحريم لانه ليس بلبن على التحقيق فلا يتعلق به النشو والنمو وهذا لان
اللبن انما يتصور ممن تتصور منه الولادة قال واذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به
التحريم لانه لا جزئية بين الادمي والبهائم والحرمة باعتبارها قال واذا تزوج الرجل
صغيرة وكبيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج لانه يصير جامعا بين الام
والبنت رضاعا وذلك حرام كالجمع بينهما نسبا ثم ان لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها لان
الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها وللصغيرة نصف المهر لان الفرقة وقعت لا
من قبلها والارتضاع وان كان فعلا منها لكن فعلها غير معتبر في اسقاط حقها كما
اذا قتلت مورثها ويرجع به الزوج على الكبيرة ان كانت تعمدت الفساد وان لم تتعمد
فلا شيء عليها وان علمت بان الصغيرة امرأته وعن محمد انه يرجع في الوجهين والصحيح ظاهر
الرواية لانها وان اكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر وذلك يجري مجرى
الاتلاف لكنها مسببة فيه اما لان الارضاع ليس بافساد للنكاح وضعا وانما يثبت ذلك
باتفاق الحال او لان الفساد ليس بسبب لالزام المهر بل هو سبب لسقوطه الا ان نصف
المهر يجب بطريق المتعة على ما عرف لكن من شرطه ابطال النكاح واذا كانت مسببة يشترط فيه
التعدي كحفر البئر ثم انما تكون متعدية اذا علمت بالنكاح وقصدت بالارضاع الفساد
واما اذا لم تعلم بالنكاح او علمت بالنكاح ولكنها قصدت دفع الجوع والهلاك عن الصغيرة

دون

دون الافساد لا تكون متعدية لانها مأمورة بذلك ولو علمت بالنكاح ولم تعلم بالفساد
لا تكون متعدية ايضا وهذا منا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم قال ولا
تقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات وانما يثبت بشهادة رجلين او رجل وامرأتين
وقال مالك يثبت بشهادة امرأة واحدة اذا كانت موصوفة بالعدالة لان الحرمة حق
من حقوق الشرع فيثبت بخبر الواحد كمن اشترى لحما فاخبره واحد انه ذبيحة المجوسي
ولنا ان ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل عن زوال الملك في باب النكاح وابطال الملك
لا يثبت الا بشهادة رجلين بخلاف اللحم لان حرمة التناول تنفك عن زوال الملك فاعتبر
امرا دينيا

كتاب الطلاق

باب طلاق السنة

الطلاق على ثلثة اوجه حسن واحسن
وبدعي فالاحسن ان يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه و
يتركها حتى تنقضي عدتها لان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يستحبون ان لا يزيدوا
في الطلاق على واحدة حتى تنقضي العدة وان هذا افضل عندهم من ان يطلق الرجل ثلاثا
عند كل طهر واحدة ولانه ابعد من الندامة واقل ضررا بالمرأة ولا خلاف لاحد في الكراهة
قال والحسن هو طلاق السنة وهو ان يطلق المدخول بها ثلثا في ثلثة اطهار وقال
مالك انه بدعة ولا يباح الا واحدة لان الاصل في الطلاق هو الحظر والاباحة
لحاجة الخلاص وقد اندفعت بالواحدة ولنا قوله عليه السلام في حديث ابن عمر رضي الله عنه
ان من السنة ان تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكل قرء تطليقة ولان الحكم يدار على
دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر فالحاجة كالمتكررة
نظرا الى دليلها ثم قيل الاولى ان يؤخر الايقاع الى آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة
والاظهر ان يطلقها كما طهرت لانه لو اخر ربما يجامعها ومن قصده التطليق فيبتلى بالايقاع
عقيب الوقاع قال وطلاق البدعة ان يطلقها ثلثا بكلمة واحدة او ثلثا في طهر واحد فاذا
فعل ذلك وقع الطلاق وكان عاصيا وقال الشافعي كل طلاق مباح لانه تصرف مشروع حتى
يستفاد به الحكم والمشروعية لا تجامع الحظر بخلاف الطلاق في حالة الحيض لان المحرم تطويل
العدة عليها لا الطلاق ولنا ان الاصل في الطلاق هو الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي
تعلقت به المصالح الدينية والدنياوية والاباحة للحاجة الى الخلاص ولا حاجة الى الجمع
بين الثلث وهي في المفرق على الاطهار ثابتة نظرا الى دليلها والحاجة في نفسها باقية
فامكن تصوير الدليل عليها والمشروعية في ذاته من حيث انه ازالة الرق لا ينافي الحظر
لمعنى في غيره وهو ما ذكرناه وكذا ايقاع الثنتين في الطهر الواحد بدعة لما قلنا واختلفت

الخالي عن الجماع

بدعة

الرواية في الواحدة البائنة قال في الاصل انه اخطأ السنة لانه لا حاجة الى اثبات صفة زائدة
في الخلاص وهي البينونة وفي الزيادات انه لا يكره للحاجة الى الخلاص ناجزا قال والسنة
في الطلاق من وجهين سنة في الوقت وسنة في العدد فالسنة في العدد يستوي فيها المدخول بها
وغير المدخول بها وقد ذكرناها والسنة في الوقت تثبت في المدخول بها خاصة
وهو ان يطلقها في طهر لم يجامعها فيه لان المراعى دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق
في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع اما زمان الحيض فزمان النفرة وبالجماع مرة
في الطهر تفتر الرغبة وغير المدخول بها يطلقها في حالة الطهر والحيض خلافا لزفر
هو يقيسها على المدخول بها ولنا ان الرغبة في غير المدخول بها صادقة لا تقل بالحيض
ما لم يحصل مقصوده منها وفي المدخول بها تتجدد بالطهر قال واذا كانت المرأة لا تحيض
من صغر او كبر فاراد ان يطلقها للسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها اخرى
فاذا مضى شهر طلقها اخرى لان الشهر في حقها قائم مقام الحيض قال الله تعالى واللائي
يئسن من المحيض من نسائكم الى ان قال واللائي لم يحضن والاقامة في حق الحيض خاصة
حتى يقدر الاستبراء في حقها بالشهر وهو بالحيض لا بالطهر ثم ان كان الطلاق في اول
الشهر تعتبر الشهور بالاهلة وان كان في وسطه فبالايام في حق التفريق وفي حق
العدة كذلك عند ابي حنيفة وعندهما يكمل الاول بالآخر والمتوسطان بالاهلة
وهي مسئلة الاجارات قال ويجوز ان يطلقها اي المرأة لا تحيض ولا يفصل بين وطيها و
طلاقها بزمان وقال زفر يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض ولان بالجماع تفتر الرغبة
وانما تتجدد بزمان ولنا انه لا يتوهم الحبل فيها والكراهة في ذوات الحيض باعتبار انه
عند ذلك يشتبه وجه العدة والرغبة وان كانت تفتر من الوجه الذي ذكر لكن تكثر من وجه آخر
لانه يرغب في وطء غير معلق فرارا عن مؤن الولد فكان الزمان زمان رغبة فصار
كزمان الحبل قال وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع لانه لا يؤدي الى اشتباه وجه العدة
وزمان الحبل زمان الرغبة في الوطء لكونه غير معلق او يرغب فيها لمكان ولده منها فلا
تقل الرغبة بالجماع ويطلقها للسنة ثلاثا يفصل بين كل تطليقتين بشهر عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد وزفر لا يطلقها للسنة الا واحدة لان الاصل في الطلاق الحظر وقد
ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة والشهر في حق الحامل ليس من فصولها فصار كالممتد
طهرها ولهما ان الاباحة بعلة الحاجة والشهر دليلها كما في حق الآيسة والصغيرة وهذا
لانه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة السليمة فصلح علما ودليلا بخلاف الممتد طهرها لان

العلة

العلة في حقها الطهر وهو مرجو فيها في كل زمان ولا يرجى مع الحبل واذا طلق الرجل امرأته
في حالة الحيض وقع الطلاق لان النهي عنه لمعنى في غيره وهو ما ذكرناه فلا ينعدم مشروعيته
ويستحب له ان يراجعها لقوله عليه السلام لعمر رضي الله عنه مر ابنك فليراجعها وقد طلقها في
حالة الحيض وهذا يفيد الوقوع والحث على الرجعة ثم الاستحباب قول بعض المشايخ
والاصح انه واجب عملا بحقيقة الامر ورفعا للمعصية بالقدر الممكن برفع اثره وهي
العدة ودفعا لضرر تطويل العدة قال فاذا طهرت وحاضت ثم طهرت فان شاء طلقها
وان شاء امسكها قال رضي الله عنه وهكذا ذكر في الاصل وذكر الطحاوي انه يطلقها
في الطهر الذي يلي الحيض قال ابو الحسن الكرخي ما ذكره الطحاوي قول ابي حنيفة وما ذكر
في الاصل قولهما ووجه المذكور في الاصل ان السنة ان يفصل بين كل طلاقين بحيضة و
الفاصل ههنا بعض الحيضة فتكمل بالثانية ولا تتجزى فتتكامل ووجه القول الآخر ان اثر الطلاق
قد انعدم بالمراجعة فصار كانه لم يطلقها في الحيض فيسن تطليقها في الطهر الذي يليه قال
ومن قال لامرأته وهي من ذوات الحيض وقد دخل بها انت طالق ثلاثا للسنة ولا نية
له فهي طالق عند كل طهر تطليقة لان اللام فيه للوقت ووقت السنة طهر لا جماع فيه وان
نوى ان تقع الثلاث الساعة او عند راس كل شهر واحدة فهو على ما نوى سواء كانت في حالة
الحيض او في حالة الطهر وقال زفر لا تصح نية الجمع لانه بدعة وهي ضد السنة ولنا انه محتمل
لفظه لانه سني وقوعا من حيث ان وقوعه بالسنة لا ايقاعا فلم يتناوله مطلق كلامه وينتظمه
عند نيته وان كانت آيسة او من ذوات الاشهر وقعت الساعة واحدة وبعد شهر اخرى لان
الشهر في حقها دليل الحاجة كالطهر في حق ذوات الاقراء على ما بينا وان نوى ان يقع الثلاث
الساعة وقعن عندنا لما قلنا بخلاف ما اذا قال انت طالق للسنة ولم ينص على الثلاث
حيث لا تصح نية الجمع فيه لان نية الثلاث انما صحت فيه من حيث ان اللام فيه للوقت فيفيد
تعميم الوقت ومن ضرورته تعميم الواقع فيه فاذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت فلا يصح نية الثلاث

فصل ويقع طلاق كل زوج اذا كان عاقلا بالغا ولا يقع طلاق الصبي والمجنون والنائم
لقوله عليه السلام كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمجنون ولان الاهلية بالعقل المميز وهما
عديما العقل والنائم عديم الاختيار وطلاق المكره واقع خلافا للشافعي هو يقول الاكراه
لا يجامع الاختيار وبه يعتبر التصرف الشرعي بخلاف الهازل لانه مختار في التكلم بالطلاق
ولنا انه قصد ايقاع الطلاق في منكوحته في حال اهليته فلا يعرى عن قضيته دفعا
للحاجة اعتبارا بالطائع وهذا لانه عرف الشرين واختار اهونهما وهذا آية القصد

وهو زوال العقل م

والاختيار الا انه غير راض بحكمه وذلك غير مخل به كالهازل قال وطلاق السكران واقع واختيار
الكرخي والطحاوي انه لا يقع وهو احد قولي الشافعي لان صحة القصد بالعقل فصار كزواله
بالبنج والدواء ولنا انه زال بسبب هو معصية فجعل باقيا حكما زجرا له حتى لو شرب
فصدع وزال عقله بالصداع نقول انه لا يقع طلاقه وطلاق الاخرس واقع بالاشارة
لانها صارت معهودة فاقيمت مقام العبارة دفعا للحاجة وستاتيك وجوهه في اواخر الكتاب
ان شاء الله قال وطلاق الامة ثنتان حرا كان زوجها او عبدا وطلاق الحرة ثلاث
حرا كان زوجها او عبدا وقال الشافعي عدد الطلاق معتبر بحال الرجال لقوله عليه السلام
الطلاق بالرجال والعدة بالنساء ولان صفة المالكية كرامة والادمية مستدعية لها ومعنى
الادمية في الحر اكمل فكانت مالكيته ابلغ واكثر ولنا قوله عليه السلام طلاق الامة ثنتان وعدتها
حيضتان ولان حل المحلية نعمة في حقها وللرق اثر في تنصيف النعم الا ان العقدة لا تتجزى
فتكاملت عقدتين وتاويل ما روى ان الايقاع بالرجال قال واذا تزوج العبد امراة
حرة وقع طلاقه ولا يقع طلاق مولاه على امراته لان ملك النكاح حق العبد فيكون الاسقاط
اليه دون المولى

باب ايقاع الطلاق

الطلاق على ضربين صريح وكناية فالصريح
قوله انت طالق ومطلقة وطلقتك فهذا يقع به الطلاق الرجعي لان هذه الالفاظ تستعمل
في الطلاق ولا تستعمل في غيره فكان صريحا وانه يعقب الرجعة بالنص ولا يفتقر الى النية
لانه صريح فيه لغلبة الاستعمال وكذا اذا نوى الابانة لانه قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء
العدة فيرد عليه ولو نوى الطلاق عن وثاق لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله
لان الطلاق لرفع القيد وهي غير مقيدة بالعمل وعن ابي حنيفة انه يدين فيما بينه وبين الله
لان الطلاق لرفع القيد وهي غير مقيدة بالعمل وعنه لانه يستعمل للتخليص ولو قال انت
مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقا الا بالنية لانها غير مستعملة فيه عرفا فلم يكن صريحا ولا
يقع به الا واحدة وان نوى اكثر من ذلك وقال الشافعي يقع ما نوى لانه محتمل لفظه فان ذكر
الطالق ذكر للطلاق لغة كذكر العالم ذكر للعلم ولهذا يصح قران العدد به فيكون نصبا
على التفسير ولنا انه نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان وللثلاث طوالق فلا يحتمل العدد
لانه ضده وذكر الطالق ذكر لطلاق هو صفة للمراة لا لطلاق هو تطليق والعدد الذي
يقرن به نعت لمصدر محذوف معناه طلاقا ثلاثا كقولك اعطيتك جزيلا اي عطاء جزيلا
قال واذا قال انت الطلاق او انت طالق الطلاق او انت طالق طلاقا فان لم تكن له نية
او نوى واحدة او ثنتين فهي واحدة رجعية وان نوى ثلاثا فثلث ووقوع الطلاق باللفظ

لانه خلاف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله ولو نوى به الطلاق عن العمل لم يدين في القضاء م

الثلث

الثلث نية وانما لنية ظاهر لانه لو ذكر النعت وحده يقع به الطلاق فاذا ذكره وذكر المصدر
معه فانه يزيده وكادة اولى واما وقوعه باللفظ الاول فلان المصدر يذكر ويراد به
الاسم يقال رجل عدل اي عادل فصار بمنزلة قوله انت طالق وعلى هذا لو قال انت طلاق
يقع به الطلاق ايضا ولا يحتاج فيه الى النية ويكون رجعيا لما بينا انه صريح الطلاق
لغلبة الاستعمال فيه وتصح نية الثلث لان المصدر يحتمل العموم والكثرة لانه اسم جنس فيعتبر بسائر
اسماء الاجناس فيتناول الادنى مع احتمال الكل ولا تصح نية الثنتين فيها خلافا لزفر
هو يقول ان الثنتين بعض الثلث فلما صحت نية الثلث صحت نية بعضها ضرورة ونحن نقول
نية الثلاث انما صحت لكونها جنسا حتى لو كانت المراة امة تصح نية الثنتين باعتبار معنى
الجنسية اما الثنتان في حق الحرة عدد واللفظ لا يحتمل العدد وهذا لان معنى التوحد
مراعى في الفاظ الوحدان وذلك بالفردية او الجنسية والمثنى بمعزل منهما قال ولو قال
انت طالق الطلاق وقال اردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق اخرى يصدق
لان كل واحد منهما صالح للايقاع فكانه قال انت طالق وطالق فيقع رجعيتان اذا كانت
مدخولا بها وان كانت غير مدخول بها وقع بائنا قال واذا اضاف الطلاق الى جملتها
او الى ما يعبر به عن الجملة وقع الطلاق لانه اضيف الى محله وذلك مثل ان يقول انت
طالق لان التاء ضمير المراة او يقول رقبتك طالق او عنقك او روحك او بدنك
او جسدك او وجهك او فرجك او راسك لانه يعبر بها عن جميع البدن اما الجسد والبدن
فظاهر وكذا غيرهما قال الله تعالى فتحرير رقبة وقال فظلت اعناقهم لها خاضعين
وقال عليه السلام لعن الله الفروج على السروج ويقال فلان راس القوم ويا وجه
العرب وهلك روحه بمعنى نفسه ومن هذا القبيل الدم في رواية يقال دمه هدر
ومنه النفس وهو ظاهر وكذلك ان طلق جزءا شائعا منها مثل ان يقول نصفك او ثلثك
لان الجزء الشائع محل لسائر التصرفات كالبيع وغيره فكذا يكون محلا للطلاق الا
انه لا يتجزى في حق الطلاق فيثبت في الكل ضرورة ولو قال يدك او رجلك طالق
لم يقع الطلاق وقال زفر والشافعي يقع وكذا الخلاف في كل جزء معين لا يعبر به
عن جميع البدن لهما انه جزء مستمتع بعقد النكاح وما هذا حاله يكون محلا لحكم النكاح
فيكون محلا للطلاق فيثبت الحكم فيه قضية للاضافة ثم يسري الى الكل كما في الجزء
الشائع بخلاف ما اذا اضيف اليه النكاح لان التعدي ممتنع اذ الحرمة في سائر الاجزاء
تغلب الحل في هذا الجزء وفي الطلاق الامر على القلب ولنا انه اضاف الطلاق الى غير

محله فيلغو كما اذا اضافه الى ريقها او ظفرها وهذا لان محل الطلاق ما يكون فيه
القيد لانه ينبئ عن رفع القيد ولا قيد في اليد ولهذا لا تصح اضافة النكاح اليه بخلاف الجزء
الشائع لانه محل النكاح عندنا حتى تصح اضافته اليه فكذا يكون محلا للطلاق واختلفوا
في الظهر والبطن والاظهر انه لا يصح لانه لا يعبر بهما عن جميع البدن قال وان طلقها نصف
تطليقة او ثلثها كانت طالقا تطليقة واحدة لان الطلاق لا يتجزى وذكر بعض ما لا
يتجزى كذكر الكل وكذا الجواب في كل جزء سماه لما بينا قال ولو قال انت طالق
ثلثة انصاف تطليقتين فهي طالق ثلثا لان نصف التطليقتين تطليقة فاذا جمع بين ثلثة
انصاف يكون ثلث تطليقات ضرورة ولو قال انت طالق ثلثة انصاف تطليقة قيل
تقع تطليقتان لانها طلقة ونصف فيتكامل وقيل تقع ثلث تطليقات لان كل نصف يتكامل
في نفسه فتصير ثلثا ولو قال انت طالق من واحدة الى ثنتين او ما بين واحدة الى ثنتين
فهي واحدة ولو قال من واحدة الى ثلث او ما بين واحدة الى ثلث فهي ثنتان وهذا عند
ابي حنيفة وقالا في الاولى هي ثنتان وفي الثانية ثلث وقال زفر في الاولى لا يقع شيء
وفي الثانية تقع واحدة وهو القياس لان الغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية كما
لو قال بعت منك من هذا الحائط الى هذا الحائط وجه قولهما وهو الاستحسان ان مثل هذا الكلام
متى ذكر في العرف يراد به الكل كما تقول لغيرك خذ من مالي من درهم الى مائة درهم
ولابي حنيفة ان المراد به الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر فانهم يقولون سني من ستين
الى سبعين او ما بين ستين الى سبعين ويريدون به ما ذكرناه وارادة الكل فيما طريقه
طريق الاباحة كما ذكرا والاصل في الطلاق الحظر ثم الغاية الاولى لا بد ان تكون
موجودة ليترتب عليها الثانية ووجودها بوقوعها بخلاف البيع لان الغاية فيه
موجودة قبل البيع ولو نوى واحدة يصدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه
خلاف الظاهر ولو قال انت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب او لم
يكن له نية فهي واحدة وقال زفر تقع ثنتان لعرف الحساب وهو قول الحسن بن زياد
ولنا ان عمل الضرب في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب وتكثير اجزاء التطليقة
لا يوجب تعددها وان نوى واحدة وثنتين فهي ثلث لانه يحتمله فان حرف الواو
للجمع والظرف يجمع المظروف ولو كانت غير مدخول بها تقع واحدة كما في قوله واحدة
وثنتين وان نوى واحدة مع ثنتين تقع الثلث لان كلمة في تاتي بمعنى مع كما في قوله تعالى
فادخلي في عبادي اي مع عبادي ولو نوى الظرف تقع واحدة لان الطلاق لا يصلح ظرفا

فيلغو

فيلغو ذكر الثاني ولو قال اثنتين في اثنتين ونوى الضرب والحساب فهي ثنتان وعند زفر
ثلث لان قضيته ان يكون اربعا لكن لا مزيد للطلاق على الثلث وعندنا الاعتبار
للمذكور الاول على ما بيناه ولو قال انت طالق من هنا الى الشام فهي واحدة يملك الرجعة
وقال زفر هي بائنة لانه وصف الطلاق بالطول قلنا لا بل وصفه بالقصر لانه متى
وقع وقع في الاماكن كلها قال ولو قال انت طالق بمكة او في مكة فهي طالق في الحال
في كل البلاد وكذا قوله انت طالق في الدار لان الطلاق لا يتخصص بمكان دون
مكان وان عنى به انه اذا اتيت مكة يصدق ديانة لا قضاء لانه نوى الاضمار
وهو خلاف الظاهر ولو قال انت طالق اذا دخلت مكة لم تطلق حتى تدخل مكة
لانه علقه بالدخول ولو قال في دخولك الدار يتعلق بالفعل لمقارنة بين الشرط
والظرف فحمل عليه عند تعذر الظرفية

فصل في اضافة الطلاق الى الزمان

ولو قال
انت طالق غدا وقع الطلاق عليها بطلوع الفجر لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد وذلك
بوقوعه في اول جزء منه ولو نوى به آخر النهار صدق ديانة لا قضاء لانه نوى
التخصيص في العموم وهو يحتمله لكنه مخالف للظاهر ولو قال انت طالق اليوم غدا
او غدا اليوم فانه يؤخذ باول الوقتين الذي تفوه به فيقع في الاول في اليوم
وفي الثاني في الغد لانه لما قال اليوم كان تنجيزا والمنجز لا يحتمل الاضافة واذا قال
غدا كان اضافة والمضاف لا يتنجز لما فيه من ابطال الاضافة فلغا اللفظ الثاني في الفصلين
ولو قال انت طالق في غد وقال نويت آخر النهار دين في القضاء عند ابي حنيفة
وقالا لا يدين في القضاء خاصة لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد فصار بمنزلة
قوله غدا على ما بينا ولهذا يقع في اول جزء منه عند عدم النية وهذا لان حذف في
واثباته سواء لانه ظرف في الحالين ولابي حنيفة انه نوى حقيقة كلامه لان كلمة
في للظرف والظرفية لا تقتضي الاستيعاب وتعين الجزء الاول ضرورة عدم المزاحم
فاذا عين آخر النهار كان التعيين القصدي اولى بالاعتبار من الضروري بخلاف قوله
غدا لانه يقتضي الاستيعاب حيث وصفها بهذه الصفة مضافا الى جميع الغد نظيره اذا
قال والله لاصومن عمري ونظير الاول والله لاصومن في عمري وعلى هذا الدهر
وفي الدهر ولو قال انت طالق امس وقد تزوجها اليوم لم يقع شيء لانه اسنده
الى حالة معهودة منافية لمالكية الطلاق فيلغو كما اذا قال انت طالق قبل ان اخلق
ولانه يمكن تصحيحه اخبارا عن عدم النكاح او عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج

ولو تزوجها اول من امس وقع الساعة لانه ما اسنده الى حالة منافية ولا يمكن تصحيحه
اخبارا ايضا فكان انشاء والانشاء في الماضي انشاء في الحال فيقع الساعة ولو قال
انت طالق قبل ان اتزوجك لم يقع شيء لانه اسنده الى حالة منافية فصار كما اذا قال
طلقتك وانا صبي او نائم او يصح اخبارا على ما ذكرناه ولو قال انت طالق ما لم اطلقك
او متى لم اطلقك او متى ما لم اطلقك وسكت طلقت لانه اضافه الى زمان خال عن التطليق
وقد وجد حيث سكت وهذا لان كلمة متى ومتى ما صريح في الوقت لانهما من ظروف الزمان
وكذلك كلمة ما قال الله تعالى ما دمت حيا اي وقت الحيوة ولو قال انت طالق ان لم اطلقك
لم تطلق حتى يموت لان العدم لا يتحقق الا باليأس عن الحيوة وهو الشرط كما في قوله ان لم
آت البصرة وموتها بمنزلة موته هو الصحيح ولو قال انت طالق اذا لم اطلقك واذا ما لم اطلقك
لم تطلق حتى يموت عند ابي حنيفة وقالا تطلق حين سكت لان كلمة اذا للوقت قال الله تعالى
اذا الشمس كورت وقال قائلهم واذا تكون كريهة ادعى لها واذا يحاس الحيس يدعى جندب
فصار بمنزلة متى ومتى ما ولهذا لو قال لامرأته انت طالق اذا شئت لا يخرج الامر من يدها
بالقيام من المجلس كما في قوله متى شئت ولابي حنيفة انه يستعمل في الشرط ايضا قال قائلهم
واستغن ما اغناك ربك بالغنى واذا تصبك خصاصة فتجمل فان اريد به الشرط لم تطلق
في الحال وان اريد به الوقت تطلق فلا تطلق بالشك والاحتمال بخلاف مسئلة المشية
لانه على اعتبار انه للوقت لا يخرج الامر من يدها وعلى اعتبار انه للشرط يخرج والامر صار
في يدها فلا يخرج بالشك وهذا الخلاف فيما اذا لم يكن له نية اما اذا نوى الوقت يقع في
الحال ولو نوى الشرط يقع في آخر العمر لان اللفظ يحتملهما ولو قال انت طالق ما لم اطلقك
انت طالق فهي طالق بهذه التطليقة معناه قال ذلك موصولا به والقياس ان يقع المضاف
فيقعان ان كانت مدخولا بها وهو قول زفر لانه وجد زمان لم يطلقها فيه وان قل
وهو زمان قوله انت طالق قبل ان يفرغ منها وجه الاستحسان ان زمان البر مستثنى عن اليمين
بدلالة حاله لان المقصود هو البر ولا يمكنه تحقيق البر الا ان يجعل هذا القدر مستثنى اصله
من حلف لا يسكن هذه الدار فاشتغل بالنقلة من ساعته واخواته على ما يأتيك في الايمان
ان شاء الله تعالى قال ومن قال لامرأة يوم اتزوجك فانت طالق فتزوجها ليلا طلقت
لان اليوم يذكر ويراد به بياض النهار فيحمل عليه اذا قرن بفعل يمتد كالصوم والامر باليد
لانه يراد به المعيار وهذا اليق به ويذكر ويراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن
يولهم يومئذ دبره والمراد به مطلق الوقت فيحمل عليه اذا قرن بفعل لا يمتد والخروج

من

من هذا القبيل فينتظم الليل والنهار ولو قال عنيت به بياض النهار خاصة دين في القضاء
لانه نوى حقيقة كلامه والليل لا يتناول الا السواد والنهار يتناول البياض خاصة هو اللغة

فصل ومن قال لامرأته انا منك طالق فليس بشيء وان نوى طلاقا ولو قال انا
منك بائن او عليك حرام ونوى الطلاق فهي طالق وقال الشافعي يقع الطلاق في الوجه
الاول ايضا اذا نوى لان ملك النكاح مشترك بين الزوجين حتى ملكت هي المطالبة بالوطي
كما يملك هو المطالبة بالتمكين وكذا الحل مشترك بينهما والطلاق وضع لازالتهما فيصح مضافا
اليه كما يصح مضافا اليها كما في الابانة والتحريم ولنا ان الطلاق وضع لازالة القيد
وهو فيها دون الزوج الا ترى انها هي الممنوعة عن التزوج والخروج ولو كان لازالة
الملك فهو عليها لانها مملوكة والزوج مالك ولهذا سميت منكوحة بخلاف الابانة
لانها لازالة الوصلة وهي مشتركة بينهما وبخلاف التحريم لانه لازالة الحل وهو مشترك
بينهما فصحت اضافتهما اليهما ولا تصح اضافة الطلاق الا اليها ولو قال انت طالق
واحدة او لا فليس بشيء قال رضي الله عنه كذا ذكره في الجامع الصغير من غير خلاف وهذا قول ابي حنيفة
وابي يوسف وعلى قول محمد وهو قول ابي يوسف اولا تطلق واحدة رجعية ذكر قول محمد
في كتاب الطلاق فيما اذا قال لامرأته انت طالق واحدة او لا شيء ولا فرق بين المسئلتين
ولو كان المذكور هنا قول الكل فعن محمد روايتان له انه ادخل الشك في الواحدة لدخول
كلمة او بينها وبين النفي فيسقط اعتبار الواحدة ويبقى قوله انت طالق بخلاف قوله
انت طالق او لا لانه ادخل الشك في اصل الايقاع فلا يقع ولهما ان الوصف متى قرن
بالعدد كان الوقوع بذكر العدد الا ترى انه لو قال لغير المدخول بها انت طالق ثلثا
تطلق ثلثا ولو كان الوقوع بالوصف للغا ذكر الثلث وهذا لان الواقع في الحقيقة
انما هو المنعوت المحذوف معناه انت طالق تطليقة واحدة على ما مر واذا كان الواقع
ما كان العدد نعتا له كان الشك داخلا في الايقاع فلا يقع شيء ولو قال انت طالق
مع موتي او مع موتك فليس بشيء لانه اضاف الطلاق الى حالة منافية له لان موته
ينافي الاهلية وموتها ينافي المحلية ولا بد منهما واذا ملك الرجل امرأته او شقصا منها
او ملكت المرأة زوجها او شقصا منه وقعت الفرقة للمنافاة بين الملكين اما ملكها
اياه فللاجتماع بين المالكية والمملوكية واما ملكه اياها فلان ملك النكاح ضروري
ولا ضرورة مع قيام ملك اليمين فينتفي النكاح ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء لان
الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافي لا من وجه ولا من كل وجه وكذا

اذا ملكته او شقصا منه لا يقع الطلاق لما قلنا من المنافاة وعن محمد انه يقع لان العدة واجبة
بخلاف الفصل الاول لانه لا عدة هناك حتى حل له وطؤها ولو تزوجها وهي امة لغيره فقال لها
انت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك فاعتقها مولاها ملك الزوج الرجعة لانه
علق التطليق بالاعتاق او العتق لان اللفظ ينتظمهما والشرط ما يكون معدوما على خطر
الوجود وللحكم تعلق به والمذكور بهذه الصفة والمعلق به التطليق لان في التعليقات
يصير التصرف تطليقا عند وجود الشرط عندنا واذا كان التطليق معلقا بالاعتاق
او العتق يوجد بعده ثم الطلاق يوجد بعد التطليق فيكون الطلاق متاخرا عن العتق
فيصادفها وهي حرة فلا تحرم حرمة غليظة بالثنتين بقي شيء وهو ان كلمة مع للقران قلنا
قد تذكر للتاخر كما في قوله تعالى ان مع العسر يسرا فيحمل عليه بدليل ما ذكرنا من معنى الشرط
ولو قال اذا جاء غد فانت طالق ثنتين وقال المولى اذا جاء غد فانت حرة فجاء الغد
لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلث حيض وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال
محمد زوجها يملك الرجعة لان الزوج قرن الايقاع باعتاق المولى حيث علقه بالشرط
الذي علق المولى به وانما ينعقد المعلق سببا عند الشرط والعتق يقارن الاعتاق لانه علته
اصلها الاستطاعة مع الفعل فيكون التطليق مقارنا للعتق ضرورة فتطلق بعد العتق فصار
كالمسئلة الاولى ولهذا تقدر عدتها بثلث حيض ولهما انه علق الطلاق بما علق به المولى العتق
ثم العتق يصادفها وهي امة فكذا الطلاق والطلقتان تحرمان الامة حرمة غليظة بخلاف
المسئلة الاولى لانه علق التطليق باعتاق المولى فيقع الطلاق بعد العتق على ما قررناه و
العدة لانه يؤخذ فيها بالاحتياط وكذا الحرمة الغليظة يؤخذ فيها بالاحتياط ولا وجه الى
ما قال محمد لان العتق لو كان يقارن الاعتاق لانه علته فالطلاق يقارن التطليق لانه
علته فيقترنان

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه

ومن قال لامراته انت طالق هكذا يشير بالابهام
والسبابة والوسطى فهي ثلث لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة
اذا اقترنت بالعدد المبهم قال عليه السلام الشهر هكذا الحديث وان اشار بواحدة فهي واحدة
وان اشار بثنتين فهي ثنتان لما قلنا والاشارة تقع بالمنشورة منها وقيل اذا اشار بظهورها
فبالمضمومة منها واذا كانت تقع الاشارة بالمنشورة فلو نوى الاشارة بالمضمومتين يصدق
ديانة لا قضاء وكذا اذا نوى الاشارة بالكف حتى تقع في الاولى ثنتان ديانة وفي
الثانية واحدة لانه يحتمله لكنه خلاف الظاهر ولو لم يقل هكذا يقع واحدة لانه لم يقترن
بالعدد المبهم فبقي الاعتبار بقوله انت طالق واذا وصف الطلاق بضرب من الشدة

او الزيادة كان بائنا مثل ان يقول انت طالق بائن او البتة وقال الشافعي يقع رجعيا
اذا كان بعد الدخول لان الطلاق شرع معقبا للرجعة فكان وصفه بالبينونة
خلاف المشروع فيلغو كما اذا قال انت طالق على ان لا رجعة لي عليك ولنا انه وصفه
بما يحتمله لفظه الا ترى ان البينونة قبل الدخول وبعد العدة تحصل به فيكون هذا الوصف
لتعيين احد المحتملين ومسئلة الرجعة ممنوعة فتقع واحدة بائنة اذا لم تكن له نية او نوى
الثنتين اما اذا نوى الثلث فثلث لما مر من قبل ولو عنى بقوله انت طالق واحدة
وبقوله بائن او البتة اخرى تقع تطليقتان بائنتان لان هذا الوصف يصلح لابتداء
الايقاع وكذا اذا قال انت طالق افحش الطلاق لانه انما يوصف بهذا الوصف باعتبار
اثره وهو البينونة في الحال فصار كقوله بائن وكذا اذا قال اخبث الطلاق او اسوأه
لما ذكرنا وكذا اذا قال طلاق الشيطان او طلاق البدعة لان الرجعي هو السنة فيكون
البدعي وطلاق الشيطان بائنا وعن ابي يوسف في قوله انت طالق للبدعة انه لا يكون
بائنا الا بالنية لان البدعة قد تكون من حيث الايقاع في حالة الحيض فلا بد من النية وعن
محمد انه اذا قال انت طالق للبدعة او طلاق الشيطان يكون رجعيا لان هذا الوصف قد يتحقق
بالطلاق في حالة الحيض فلا تثبت البينونة بالشك وكذا اذا قال كالجبل لان التشبيه
به يوجب زيادة لا محالة وذلك باثبات زيادة الوصف وكذا اذا قال مثل الجبل لما قلنا
وقال ابو يوسف يكون رجعيا لان الجبل شيء واحد فكان تشبيها به في توحده ولو قال
انت طالق اشد الطلاق او كالف او ملء البيت فهي واحدة بائنة الا ان ينوي ثلثا
اما الاول فلانه وصفه بالشدة وهو البائن لانه لا يحتمل الانتقاض والارتفاض
اما الرجعي فيحتمله وانما تصح نية الثلث لذكره المصدر واما الثاني فلانه قد يراد بهذا
التشبيه في القوة تارة وفي العدد اخرى يقال هو كالف ويراد به القوة فتصح نية الامرين
وعند فقدانها يثبت اقلهما وعن محمد انه يقع الثلث عند عدم النية لانه عدد فيراد به
التشبيه في العدد ظاهرا فصار كما اذا قال انت طالق كعدد الف واما الثالث فلان
الشيء قد يملأ البيت لعظمه في نفسه وقد يملأه لكثرته فاي ذلك نوى صحت نيته
وعند انعدام النية يثبت الاقل ثم الاصل عند ابي حنيفة انه متى شبه الطلاق بشيء
يقع بائنا اي شيء كان المشبه به ذكر العظم او لم يذكر لما مر ان التشبيه يقتضي زيادة وصف
وعند ابي يوسف ان ذكر العظم يكون بائنا والا فلا اي شيء كان المشبه به لان التشبيه قد
يكون في التوحيد على التجريد اما ذكر العظم فللزيادة لا محالة وعند زفر ان كان المشبه به

مما يوصف بالعظم عند الناس يقع بائنا وإلا فهو رجعي وقيل محمد مع أبي حنيفة وقيل مع أبي يوسف
وبيانه في قوله مثل رأس الإبرة مثل عظم رأس الإبرة مثل الجبل مثل عظم الجبل ولو قال أنت
طالق تطليقة شديدة أو طويلة أو عريضة فهي واحدة بائنة لأن ما لا يمكن تداركه يشتد
عليه وهو البائن وما يصعب تداركه يقال لهذا الأمر طول وعرض وعن أبي يوسف أنه
يقع بها رجعية لأن هذا الوصف لا يليق به فيلغو ولو نوى الثلاث في هذه الفصول
صحت نيته لتنوع البينونة على ما مر والواقع بها بائن

فصل في الطلاق قبل الدخول

وإذا طلق الرجل امرأته ثلاثا قبل الدخول بها وقعن عليها لأن الواقع مصدر محذوف
لأن معناه طلاقا ثلاثا على ما بينا فلم يكن قوله أنت طالق إيقاعا على حدة فيقعن جملة فإن
فرق الطلاق بانت بالأولى ولم تقع الثانية والثالثة وذلك مثل أن يقول أنت طالق طالق طالق
لأن كل واحد إيقاع على حدة إذا لم يذكر في آخر كلامه ما يغير صدره حتى يتوقف عليه
فتقع الأولى في الحال فتصادفها الثانية وهي مبانة وكذا إذا قال أنت طالق واحدة
وواحدة وقعت واحدة لما ذكرنا أنها بانت بالأولى ولو قال لها أنت طالق واحدة
فماتت قبل قوله واحدة كان باطلا لأنه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد
فإذا ماتت قبل ذكر العدد فات المحل قبل الإيقاع فبطل وكذا إذا قال أنت طالق
ثنتين أو ثلاثا لما بينا وهذه تجانس ما قبلها من حيث المعنى ولو قال أنت طالق واحدة
قبل واحدة أو بعدها واحدة وقعت واحدة والأصل أنه متى ذكر شيئين وأدخل بينهما
حرف الظرف إن قرنها بهاء الكناية كان صفة للمذكور آخرا كقوله جاءني زيد قبله
عمرو وإن لم يقرنها بهاء الكناية كان صفة للمذكور أولا كقوله جاءني زيد قبل عمرو
وإيقاع الطلاق في الماضي إيقاع في الحال لأن الإسناد ليس في وسعه فالقبلية
في قوله أنت طالق واحدة قبل واحدة صفة للأولى فتبين بها فلا تقع الثانية والبعدية
في قوله بعدها واحدة صفة للأخيرة فحصلت الإبانة بالأولى ولو قال أنت طالق
واحدة قبلها واحدة تقع ثنتان لأن القبلية للثانية لاتصالها بحرف الكناية فاقتضى إيقاعها
في الماضي وإيقاع الأولى في الحال غير أن الإيقاع في الماضي إيقاع في الحال أيضا
فيقترنان فيقعان وكذا إذا قال بعد واحدة يقترنان ولو قال أنت طالق واحدة مع واحدة
أو معها واحدة تقع ثنتان لأن كلمة مع للقران وعن أبي يوسف في قوله معها واحدة أنه تقع واحدة
لأن الكناية تقتضي سبق المكنى عنه لا محالة وفي المدخول بها تقع ثنتان في الوجوه كلها
لقيام المحلية بعد وقوع الأولى ولو قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة وواحدة

فدخلت وقعت عليها واحدة عند أبي حنيفة وقالا تقع ثنتان ولو قال لها أنت طالق واحدة
وواحدة إن دخلت الدار فدخلت طلقت ثنتين اتفاقا لهما أن حرف الواو للجمع المطلق فيتعلقن
جملة كما إذا نص على الثلاث أو أخر الشرط وله أن الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب فعلى
اعتبار الثاني لا تقع إلا واحدة كما إذا نجز بهذه الصيغة فلا تقع الزائد على الواحدة
بالشك بخلاف ما إذا أخر الشرط لأنه مغير صدر الكلام فيتوقف الأول عليه فيقعن
جملة ولا مغير فيما إذا قدم الشرط فلم يتوقف ولو عطف بحرف الفاء فهو على هذا
الاختلاف فيما ذكر الكرخي وذكر الفقيه أبو الليث أنه تقع واحدة بالاتفاق لأن
الفاء للتعقيب وهو الأصح وأما الضرب الثاني وهي الكنايات فلا يقع بها الطلاق
إلا بالنية أو بدلالة الحال لأنها غير موضوعة للطلاق بل تحتمله وغيره فلا بد من التعيين
أو دلالته قال وهي على ضربين منها ثلاثة ألفاظ يقع بها الطلاق الرجعي ولا يقع
بها إلا واحدة وهي قوله اعتدي واستبرئي رحمك وأنت واحدة أما الأولى
فلأنها تحتمل الاعتداد عن النكاح وتحتمل اعتداد نعم الله تعالى فإذا نوى الأول
تعين بنيته فيقتضي طلاقا سابقا والطلاق يعقب الرجعة وأما الثانية فلأنها
تستعمل بمعنى الاعتداد لأنه تصريح بما هو المقصود منه فكان بمنزلته وتحتمل الاستبراء
ليطلقها وأما الثالثة فلأنها تحتمل أن تكون نعتا لمصدر محذوف معناه تطليقة واحدة
فإذا نواه جعل كأنه قاله والطلاق يعقب الرجعة وتحتمل غيره وهو أن تكون
واحدة عنده أو عند قومه ولما احتملت هذه الألفاظ الطلاق وغيره تحتاج إلى النية
ولا تقع إلا واحدة لأن قوله أنت طالق فيها مقتضى أو مضمر ولو كان مظهرا لا تقع بها
إلا واحدة وإذا كان مضمرا أولى وفي قوله واحدة وإن صار المصدر مذكورا
لكن التنصيص على الواحدة ينافي نية الثلاث ولا معتبر بإعراب الواحدة عند عامة
المشايخ وهو الصحيح لأن العوام لا يميزون بين وجوه الإعراب قال وبقية الكنايات
إذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة وإن نوى ثلاثا كانت ثلاثا وإن نوى
ثنتين كانت واحدة وهذا مثل قوله أنت بائن وبتة وبتلة وحرام وحبلك على
غاربك والحقي بأهلك وخلية وبرية ووهبتك لأهلك وسرحتك وفارقتك
وأمرك بيدك وأنت حرة وتقنعي وتخمري واستتري واغربي واخرجي واذهبي
وقومي وابتغي الأزواج لأنها تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من النية قال إلا أن يكون في
حال مذاكرة الطلاق فيقع بها الطلاق في القضاء ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى إلا

أو إن نوى به قال رحمه الله سوى بين هذه الألفاظ وهذا فيما لا يصلح ردا والجملة في ذلك
أن الأحوال ثلاثة حالة مطلقة وهي حالة الرضاء وحالة مذاكرة الطلاق وحالة الغضب
والكنايات ثلاثة أقسام ما يصلح جوابا وردا وما يصلح جوابا لا ردا وما يصلح جوابا
وسبا وشتيمة ففي حالة الرضا لا يكون شيء منها طلاقا إلا بالنية والقول قوله
في إنكار النية لما قلنا وفي حال مذاكرة الطلاق لم يصدق فيما يصلح جوابا ولا
يصلح ردا في القضاء مثل قوله خلية برية بائن بتة حرام اعتدي أمرك بيدك
اختاري لأن الظاهر أن مراده الطلاق عند سؤال الطلاق ويصدق فيما يصلح
جوابا وردا مثل قوله اخرجي اذهبي قومي تقنعي تخمري وما يجري هذا المجرى
لأنه احتمل الرد وهو الأدنى فيحمل عليه وفي حالة الغضب يصدق في جميع ذلك
لاحتمال الرد والسب إلا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم كقوله اعتدي و
اختاري وأمرك بيدك فإنه لا يصدق فيها لأن الغضب يدل على إرادة الطلاق وعن
أبي يوسف في قوله لا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك وخليت سبيلك وفارقتك
أنه يصدق في حالة الغضب لما فيها من احتمال معنى السب ثم وقوع البائن بما سوى الثلاثة
الأول مذهبنا وقال الشافعي رحمه الله يقع بها رجعي لأن الواقع بها طلاق لأنها كنايات
عن الطلاق ولهذا يشترط النية وينتقص به العدد والطلاق معقب للرجعة كالصريح
ولنا أن تصرف الإبانة صدر من أهله مضافا إلى محله عن ولاية شرعية ولا خفاء
في الأهلية والمحلية والدلالة على الولاية أن الحاجة ماسة إلى إثباتها كيلا ينسد عليه
باب التدارك ولا يقع في عهدتها بالمراجعة من غير قصد وليست كنايات على التحقيق
لأنها عوامل في حقائقها والشرط تعيين أحد نوعي البينونة دون الطلاق وانتقاص
العدد لثبوت الطلاق بناء على زوال الوصلة وإنما تصح نية الثلاث فيها
لتنوع البينونة إلى غليظة وخفيفة وعند انعدام النية يثبت الأدنى ولا تصح نية
الثنتين عندنا خلافا لزفر لأنه عدد وقد بيناه من قبل قال وإن قال لها اعتدي
اعتدي اعتدي وقال نويت بالأولى طلاقا وبالباقي حيضا دين في القضاء
لأنه نوى حقيقة كلامه ولأنه يأمر امرأته في العادة بالاعتداد بعد الطلاق فكان
الظاهر شاهدا له وإن قال لم أنو بالباقي شيئا فهي ثلاث لأنه لما نوى الطلاق
بالأولى صار الحال حال مذاكرة الطلاق فتعين الباقيان للطلاق بهذه الدلالة
فلا يصدق في نفي النية بخلاف ما إذا قال لم أنو بالكل الطلاق حيث لا يقع شيء لأنه

يصلح م

لانه

لا ظاهر يكذبه وبخلاف ما إذا قال نويت بالثالثة الطلاق دون الأوليين حيث
لا يقع إلا واحدة لأن الحال عند الأوليين لم تكن حال مذاكرة الطلاق وفي كل موضع
يصدق الزوج على نفي النية إنما يصدق مع اليمين لأنه أمين في الإخبار عما في ضميره
والقول قول الأمين مع اليمين

باب تفويض الطلاق

فصل في الاختيار

وإذا قال الرجل لامرأته اختاري ينوي بذلك الطلاق أو قال لها طلقي نفسك
فلها أن تطلق نفسها ما دامت في مجلسها فإن قامت منه أو أخذت في عمل آخر
خرج الأمر من يدها لأن المخيرة لها المجلس بإجماع الصحابة ولأنه تمليك الفعل منها
والتمليكات تقتضي جوابا في المجلس كما في البيع لأن ساعات المجلس اعتبرت ساعة واحدة
إلا أن المجلس تارة يتبدل بالذهاب عنه ومرة بالاشتغال بعمل آخر إذ مجلس الأكل غير
مجلس المناظرة ومجلس القتال غيرهما ويبطل خيارها بمجرد القيام لأنه دليل الإعراض
بخلاف الصرف والسلم لأن المفسد هنالك الافتراق من غير قبض ثم لا بد من النية في قوله
اختاري لأنه يحتمل تخييرها في نفسها ويحتمل تخييرها في تصرف آخر غيره فإن اختارت
نفسها في قوله اختاري كانت واحدة بائنة والقياس أن لا يقع بهذا شيء وإن نوى
الزوج الطلاق لأنه لا يملك الإيقاع بهذا اللفظ فلا يملك التفويض إلى غيره إلا أنا
استحسناه لإجماع الصحابة رضي الله عنهم ولأنه بسبيل من أن يستديم نكاحها أو يفارقها
فيملك إقامتها مقام نفسه في حق هذا الحكم ثم الواقع بها بائن لأن اختيارها نفسها
بثبوت اختصاصها به وذلك في البائن ولا يكون ثلاثا وإن نوى الزوج ذلك لأن
الاختيار لا يتنوع بخلاف الإبانة لأن البينونة تتنوع ولا بد من ذكر النفس في كلامه
أو كلامها حتى لو قال لها اختاري فقالت قد اخترت فهو باطل لأنه عرف بالإجماع
وهو في المفسرة من أحد الجانبين ولأن المبهم لا يصلح تفسيرا للمبهم ولا تعيين مع الإبهام
ولو قال لها اختاري نفسك فقالت قد اخترت تقع بائنة لأن كلامه مفسر وكلامها
خرج جوابا له فيتضمن إعادته وكذا إذا قال اختاري اختيارة فقالت اخترت
لأن الهاء في الاختيارة تنبئ عن الاتحاد والانفراد واختيارها نفسها هو الذي
يتحد مرة ويتعدد أخرى فصار مفسرا من جانبه ولو قال لها اختاري فقالت قد اخترت
نفسي يقع الطلاق إذا نوى الزوج لأن كلامها مفسر وما نواه الزوج من محتملات كلامه
ولو قال لها اختاري فقالت أنا أختار نفسي فهي طالق والقياس أن لا تطلق لأن
هذا مجرد وعد أو يحتمله فصار كما إذا قال لها طلقي نفسك فقالت أنا أطلق نفسي

وهم الا يتحسبان حديث عائشة رضي الله عنها فانها قالت لا بل اختار الله ورسوله واعتبره
النبي عليه السلام جوابا منها ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال وتجوز في الاستقبال كما في
كلمة الشهادة بخلاف قولها اطلق نفسي لانه تعذر حمله على الحال لانه ليس حكاية عن
حالة قائمة ولا كذلك قولها انا اختار نفسي لانه حكاية عن حالة قائمة وهو اختيارها
نفسها ولو قال لها اختاري اختاري اختاري فقالت قد اخترت الاولى او الوسطى
او الاخيرة طلقت ثلثا في قول ابي حنيفة ولا يحتاج الى نية الزوج وقالا تطلق
واحدة وانما لا يحتاج الى النية لدلالة التكرار عليه اذ الاختيار في حق الطلاق هو الذي
يتكرر لهما ان ذكر الاولى وما يجري مجراه ان كان لا يفيد من حيث الترتيب يفيد
من حيث الافراد فيعتبر فيما يفيد وله ان هذا وصف لغو لان المجتمع في الملك لا ترتيب
فيه كالمجتمع في المكان والكلام للترتيب والافراد من ضروراته فاذا لغا في حق الاصل
لغا في حق البناء ولو قالت اخترت اختيارة فهي ثلث في قولهم جميعا لانها للمرة فصار
كما اذا صرحت بها ولان الاختيارة للتأكيد وبدون التأكيد يقع الثلث فمع التأكيد
اولى ولو قالت قد طلقت نفسي او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة يملك الرجعة
لان هذا اللفظ يوجب الانطلاق بعد انقضاء العدة فكانها اختارت نفسها بعد
العدة ولو قال لها امرك بيدك في تطليقة او اختاري تطليقة فاختارت
نفسها فهي واحدة يملك الرجعة لانه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهي معقبة
للرجعة بالنص **فصل في الامر باليد** وان قال لها امرك بيدك ينوي ثلثا فقالت
قد اخترت نفسي بواحدة فهي ثلث لان الاختيار يصلح جوابا للامر باليد لكونه تمليكا
كالتخيير والواحدة صفة للاختيارة فصارت كانها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة
وبذلك يقع الثلث ولو قالت قد طلقت نفسي واحدة او اخترت نفسي بتطليقة فهي
واحدة بائنة لان الواحدة نعت لمصدر محذوف وهي في الاولى الاختيارة وفي الثانية
التطليقة الا انها تكون بائنة لان التفويض في البائن ضرورة ملكها امرها و
كلامها خرج جوابا له فتصير الصفة المذكورة في التفويض مذكورة في الايقاع
وانما تصح نية الثلث في قوله امرك بيدك لانه يحتمل العموم والخصوص ونية الثلث
نية التعميم بخلاف قوله اختاري لانه لا يحتمل العموم وقد حققناه من قبل ولو
قال امرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل وان ردت الامر في يومها
بطل امرها ذلك اليوم وكان الامر بيدها بعد غد لانه صرح بذكر وقتين بينهما

وقت من جنسه لم يتناوله الامر اذ ذكر اليوم بعبارة الفرد لا يتناول الليل فكانا امرين
فبرد احدهما لا يرتد الاخر وقال زفر هما امر واحد بمنزلة قوله انت طالق اليوم
وبعد غد قلنا الطلاق لا يحتمل التأقيت والامر باليد يحتمله فيوقت الامر بالاول
ويجعل الثاني امرا مبتدأ ولو قال امرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل في ذلك فان
ردت الامر في يومها لا يبقى الامر في يدها في الغد لان هذا امر واحد لانه لم يتخلل
بين الوقتين المذكورين وقت من جنسهما لم يتناوله الكلام وقد يهجم الليل ومجلس المشورة
لا ينقطع فصار كما لو قال امرك بيدك في يومين وعن ابي حنيفة انها اذا ردت الامر
في اليوم لها ان تختار نفسها غدا لانها لا تملك رد الامر كما لا تملك رد الايقاع وجه
الظاهر انها اذا اختارت نفسها اليوم لا يبقى لها الخيار في الغد فكذا اذا اختارت
زوجها برد الامر لان المخير بين الشيئين لا يملك الا اختيار احدهما وعن ابي يوسف انه اذا
قال امرك بيدك اليوم وامرك بيدك غدا انهما امران لما انه ذكر لكل واحد خبرا
بخلاف ما تقدم ولو قال لها امرك بيدك يوم يقدم فلان فقدم فلان ولم تعلم
بقدومه حتى جن الليل فلا خيار لها لان الامر مما يمتد فيحمل اليوم المقرون به
على بياض النهار وقد حققناه من قبل فيتوقت به ثم ينقضي بانقضاء وقته قال
واذا جعل امرها بيدها او خيرها فمكثت يوما لم تقم فالامر في يدها ما لم تأخذ
في عمل اخر لان هذا تمليك التطليق منها لان المالك من يتصرف برأي نفسه وهي بهذه
الصفة والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه ثم ان كانت تسمع يعتبر مجلسها ذلك وان
كانت لا تسمع فمجلس علمها وبلوغ الخبر اليها لان هذا تمليك فيه معنى التعليق فيتوقف
على ما وراء المجلس ولا يعتبر مجلسه لان التعليق لازم في حقه بخلاف البيع لانه تمليك
محض لا يشوبه التعليق واذا اعتبر مجلسها فالمجلس تارة يتبدل بالتحول ومرة بالاخذ
في عمل اخر على ما بيناه في الخيار ويخرج الامر من يدها بمجرد القيام لانه دليل الاعراض
اذ القيام يفرق الرأي بخلاف ما اذا مكثت يوما لم تقم ولم تأخذ في عمل اخر لان المجلس
قد يطول وقد يقصر فيبقى الى ان يوجد ما يقطعه او يدل على الاعراض وقوله مكثت
يوما ليس للتقدير به وقوله ما لم تأخذ في عمل اخر يراد به عمل يعرف انه قطع لما كان فيه
لا مطلق العمل قال ولو كانت قائمة فجلست فهي على خيارها لانه دليل الاقبال فان
القعود اجمع للرأي وكذلك اذا كانت قاعدة فاتكأت او متكئة فقعدت لان هذا
انتقال من جلسة الى جلسة فلا يكون اعراضا كما اذا كانت محتبية فتربعت قال رضي

هذا رواية الجامع الصغير وذكر في غيره انها اذا كانت قاعدة فاتكأت لا خيار لها
لان الاتكاء اظهار التهاون بالامر فكان اعراضا والاول هو الاصح ولو كانت قاعدة
فاضطجعت ففيه روايتان عن ابي يوسف ولو قالت ادع ابي استشيره او شهودا اشهدهم
فهي على خيارها لان الاستشارة لتحري الصواب والاشهاد للتحرز عن الجحود فلا يكون
دليل الاعراض وان كانت تسير على دابة او في محمل فوقفت فهي على خيارها وان سارت
بطل خيارها لان سير الدابة ووقوفها مضاف اليها والسفينة بمنزلة البيت لان سيرها
غير مضاف الى راكبها الا يرى انه لا يقدر على ايقافها وراكب الدابة يقدر

فصل في المشيئة ومن قال لامرأته طلقي نفسك ولا نية له او نوى واحدة فقالت
طلقت نفسي فهي واحدة رجعية وان طلقت نفسها ثلاثا وقد اراد الزوج ذلك وقعن
عليها وهذا لان قوله طلقي معناه افعلي فعل التطليق وهو اسم جنس فيقع على الادنى
مع احتمال الكل كسائر اسماء الاجناس فلهذا تعمل فيه نية الثلث وينصرف الى الواحدة
عند عدمها وتكون الواحدة رجعية لان المفوض اليها صريح الطلاق ولو نوى الثنتين
لا تصح لانه نية العدد الا اذا كانت المنكوحة امة لانه جنس في حقها ولو قال لها طلقي
نفسك فقالت ابنت نفسي طلقت ولو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق لان الابانة
من الفاظ الطلاق الا يرى انه لو قال ابنتك ينوي الطلاق او قالت ابنت نفسي فقال
الزوج قد اجزت ذلك بانت فكانت موافقة للتفويض في الاصل الا انها زادت فيه
وصفا وهو تعجيل الابانة فيلغو الوصف الزائد ويثبت الاصل كما اذا قالت طلقت نفسي تطليقة
بائنة وينبغي ان تقع تطليقة رجعية بخلاف الاختيار لانه ليس من الفاظ الطلاق الا يرى
انه لو قال لامرأته اخترتك او اختاري ينوي الطلاق لم يقع ولو قالت ابتداء اخترت نفسي
فقال الزوج قد اجزت لا يقع شيء الا انه عرف طلاقا بالاجماع اذا حصل جوابا للتخيير
وقوله طلقي ليس بتخيير فيلغو وعن ابي حنيفة انه لا يقع بقولها ابنت شيء لانها اتت بغير
ما فوض اليها اذ الابانة تغاير الطلاق وان قال لها طلقي نفسك فليس له ان يرجع عنه لان
فيه معنى اليمين لانه تعليق الطلاق بتطليقها واليمين تصرف لازم ولو قامت عن مجلسها
بطل لانه تمليك بخلاف ما اذا قال لها طلقي ضرتك لانه توكيل وانابة فلا يقتصر على
المجلس ويقبل الرجوع وان قال لها طلقي نفسك متى شئت فلها ان تطلق نفسها في المجلس
وبعده لان كلمة متى عامة في الاوقات فصار كما اذا قال في اي وقت شئت قال
واذا قال لرجل طلق امرأتي فله ان يطلقها في المجلس وبعده وله ان يرجع عنه لانه توكيل

تعجيل

وانه

واستعانة فلا يلزم ولا يقتصر على المجلس بخلاف قوله لامرأته طلقي نفسك لانها عاملة لنفسها
فكان تمليكا لا توكيلا ولو قال لرجل طلقها ان شئت فله ان يطلقها في المجلس خاصة وليس
للزوج ان يرجع عنه وقال زفر هذا والاول سواء لان التصريح بالمشيئة كعدمه لانه
يتصرف عن مشيئة فصار كالتوكيل بالبيع اذا قيل له بعه ان شئت ولنا انه تمليك لانه علقه
بالمشيئة والمالك هو الذي يتصرف عن مشيئة والطلاق يحتمل التعليق بخلاف البيع لانه
لا يحتمله وان قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة فهي واحدة لانها ملكت ايقاع الثلث
فتملك ايقاع الواحدة ضرورة ولو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثا
لم يقع شيء عند ابي حنيفة وقالا يقع واحدة لانها اتت بما ملكته وزيادة فصار كما اذا
طلقها الزوج الفا ولابي حنيفة انها اتت بغير ما فوض اليها فكانت مبتدئة وهذا لان
الزوج ملكها الواحدة والثلث غير الواحدة لان الثلث اسم لعدد مركب مجتمع والواحد فرد
لا تركيب فيه فكانت بينهما مغايرة على سبيل المضادة بخلاف الزوج لانه يتصرف بحكم الملك
وكذا هي في المسئلة الاولى لانها ملكت الثلث اما هنا لم تملك الثلث وما اتت بما فوض اليها
فلغا وان امرها بطلاق يملك الرجعة فطلقت بائنة او امرها بالبائن فطلقت رجعية
وقع ما امر به الزوج فمعنى الاول ان يقول لها الزوج طلقي نفسك واحدة املك الرجعة
فتقول طلقت نفسي واحدة بائنة فتقع رجعية لانها اتت بالاصل وزيادة وصف كما ذكرنا
فيلغو الوصف ويبقى الاصل ومعنى الثاني ان يقول لها طلقي نفسك واحدة بائنة فتقول
طلقت نفسي واحدة رجعية فتقع بائنة لان قولها واحدة رجعية لغو منها لان الزوج
لما عين صفة المفوض اليها فحاجتها بعد ذلك الى ايقاع الاصل دون تعيين الوصف
فصار كانها اقتصرت على الاصل فيقع بالصفة التي عينها الزوج وان قال لها
طلقي نفسك ثلاثا ان شئت فطلقت واحدة لم يقع شيء لان معناه ان شئت الثلث وهي
بايقاع الواحدة ما شاءت الثلث فلم يوجد الشرط ولو قال لها طلقي نفسك واحدة ان شئت
فطلقت ثلاثا فكذلك عند ابي حنيفة لان مشيئة الثلث ليست مشيئة للواحدة كايقاعها
فلم يوجد الشرط وقالا تقع واحدة لان مشيئة الثلث مشيئة للواحدة كما ان ايقاعها ايقاع
للواحدة فوجد الشرط ولو قال لها انت طالق ان شئت فقالت شئت ان شئت فقال
شئت ينوي الطلاق بطل الامر لانه علق طلاقها بالمشيئة المرسلة وهي اتت بالمعلقة
فلم يوجد الشرط وهو اشتغال بما لا يعنيها فخرج الامر من يدها ولا يقع الطلاق
بقوله شئت وان نوى الطلاق لانه ليس في كلام المرأة ذكر الطلاق ليصير الزوج شائيا

لابي حنيفة

بائنة

طلاقها والنية لا تعمل في غير المذكور حتى لو قال شئت طلاقك يقع اذا نوى لانه
ايقاع مبتدأ اذ المشية تنبئ عن الوجود بخلاف قوله اردت طلاقك لانه لا ينبئ عن الوجود
وكذا اذا قالت شئت ان شاء ابي او شئت ان كان كذا لامر لم يجئ بعد لما ذكرنا ان الآتي بها
مشية معلقة فلا يقع الطلاق ويبطل الامر وان قالت قد شئت ان كان كذا لامر قد مضى
طلقت لان التعليق بشرط كائن تنجيز ولو قال لها انت طالق اذا شئت او اذا ما شئت
او متى شئت او متى ما شئت فردت الامر لم يكن ردا ولا يقتصر على المجلس اما كلمة متى ومتى ما
فلانها للوقت وهي عامة في الاوقات كانه قال في اي وقت شئت فلا يقتصر على المجلس
ولو ردت لم يكن ردا لانه ملكها الطلاق في الوقت الذي شاءت فلم يكن تمليكا قبل المشية
حتى يرتد بالرد ولا تطلق نفسها الا واحدة لانها تعم الازمان دون الافعال فتملك
التطليق في كل زمان ولا تملك تطليقا بعد تطليق واما كلمة اذا واذا ما فهي ومتى عندهما
سواء وعند ابي حنيفة ان كانت تستعمل للشرط كما تستعمل للوقت لكن الامر صار بيدها
فلا يخرج بالشك وقد مر من قبل ولو قال لها انت طالق كلما شئت فلها ان تطلق نفسها
واحدة بعد واحدة حتى تطلق نفسها ثلاثا لان كلمة كلما توجب تكرار الافعال الا ان
التعليق ينصرف الى الملك القائم حتى لو عادت اليه بعد زوج آخر فطلقت نفسها لم يقع
شيء لانه ملك مستحدث وليس لها ان تطلق نفسها ثلاثا في كلمة واحدة لانها توجب عموم
الانفراد لا عموم الاجتماع فلا تملك الايقاع جملة وجمعا ولو قال لها انت طالق
حيث شئت او اين شئت لم تطلق حتى تشاء وان قامت من مجلسها فلا مشية لها لان كلمة
حيث واين من اسماء المكان والطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغو ويبقى ذكر مطلق المشية
فيقتصر على المجلس بخلاف الزمان لان له تعلقا به حتى يقع في زمان دون زمان فوجب
اعتباره عموما وخصوصا وان قال لها انت طالق كيف شئت طلقت تطليقة يملك الرجعة
ومعناه قبل المشية فان قالت قد شئت واحدة بائنة او ثلاثا وقال الزوج نويت ذلك
فهو كما قال لان عند ذلك تثبت المطابقة بين مشيتها وارادته اما اذا ارادت ثلاثا
والزوج واحدة بائنة او على القلب تقع واحدة رجعية لانه لغا تصرفها لعدم الموافقة
فبقي ايقاع الزوج وان لم تحضره النية تعتبر مشيتها فيما قالوا جريا على موجب التخيير
قال رضي الله عنه في الاصل هذا قول ابي حنيفة وعندهما لا يقع ما لم توقع المرأة فتشاء رجعية او
بائنة او ثلاثا وعلى هذا الخلاف العتاق لهما انه فوض التطليق اليها على اي صفة شاءت
فلا بد من تعليق اصل الطلاق بمشيتها ليكون لها المشية في جميع الاحوال اعني قبل الدخول وبعده

ولابي

ولابي حنيفة ان كلمة كيف للاستيصاف يقال كيف اصبحت والتفويض في وصفه يستدعي
وجوده اصلا ووجود الطلاق بوقوعه ولو قال لها انت طالق كم شئت او ما شئت
طلقت نفسها ما شاءت لانهما يستعملان في العدد فقد فوض اليها اي عدد شاءت
فان قامت من المجلس بطل وان ردت الامر كان ردا لان هذا امر واحد وهو خطاب
في الحال فيقتضي الجواب في الحال وان قال لها طلقي نفسك من ثلاث ما شئت فلها
ان تطلق نفسها واحدة وثنتين ولا تطلق ثلاثا عند ابي حنيفة وقالا تطلق ثلاثا
ان شاءت لان كلمة ما محكمة في التعميم وكلمة من قد تستعمل للتمييز فيحمل على تمييز الجنس كما اذا قال
كل من طعامي ما شئت او طلق من نسائي من شاءت ولابي حنيفة ان كلمة من حقيقة للتبعيض
وما للتعميم فيعمل بهما وفيما استشهدا به ترك التبعيض لدلالة اظهار السماحة او لعموم الصفة
وهي المشية حتى لو قال من شئت كان على الخلاف **باب الايمان في الطلاق** واذا اضاف
الطلاق الى النكاح وقع عقيب النكاح مثل ان يقول لامرأة ان تزوجتك فانت طالق
او كل امرأة اتزوجها فهي طالق وقال الشافعي لا يقع لقوله عليه السلام لا طلاق قبل النكاح ولنا
ان هذا تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء فلا يشترط لصحته قيام الملك في الحال لان الوقوع
عند الشرط والملك متيقن به عنده وقبل ذلك اثره المنع وهو قائم بالمتصرف والحديث محمول
على نفي التنجيز والحمل مأثور عن السلف كالشعبي والزهري وغيرهما واذا اضافه الى شرط
وقع عقيب الشرط مثل ان يقول لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق وهذا بالاتفاق لان الملك
قائم في الحال والظاهر بقاؤه الى وقت الشرط فيصح يمينا او ايقاعا ولا تصح اضافة الطلاق
الا ان يكون الحالف مالكا او يضيفه الى ملك لان الجزاء لا بد ان يكون ظاهرا ليكون مخيفا
فيتحقق معنى اليمين وهو القوة والظهور باحد هذين والاضافة الى سبب الملك بمنزلة الاضافة
اليه لانه ظاهر عند سببه فان قال لاجنبية ان دخلت الدار فانت طالق ثم تزوجها فدخلت الدار
لم تطلق لان الحالف ليس بمالك ولا اضافه الى الملك ولا الى سببه ولا بد من واحد منهما قال
والفاظ الشرط ان واذا واذا ما وكل وكلما ومتى ومتى ما لان الشرط مشتق من العلامة وهذه
الالفاظ مما يليها افعال فتكون علامات على الحنث ثم كلمة ان حرف للشرط لانه ليس فيها
معنى الوقت وما وراءها ملحق بها وكلمة كل ليست شرطا حقيقة لان ما يليها اسم والشرط
ما يتعلق به الجزاء والاجزية تتعلق بالافعال الا انه الحق بالشرط لتعلق الفعل بالاسم الذي
يليها مثل قولك كل عبد اشتريته فهو حر ففي هذه الالفاظ اذا وجد الشرط انحلت اليمين
وانتهت لانها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة فبوجود الفعل مرة يتم الشرط ولا بقاء

اليمين بدونه الا في كلما فانها تقتضي تعميم الافعال قال الله تعالى كلما نضجت جلودهم
فمن ضرورة التعميم التكرار قال فان تزوجها بعد زوج آخر وتكرر الشرط لم يقع
شيء لان باستيفاء الطلقات الثلاث المملوكات في هذا النكاح لم يبق الجزاء وبقاء اليمين
به وبالشرط وفيه خلاف زفر وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى ولو دخلت على نفس التزوج
بان قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق يحنث بكل مرة وان كان بعد زوج آخر لان انعقادها
باعتبار ما يملك عليها من الطلاق بالتزوج وذلك غير محصور وزوال الملك بعد اليمين
لا يبطلها لانه لم يوجد الشرط فبقي والجزاء باق لبقاء محله فبقي اليمين ثم ان وجد
الشرط في ملكه انحلت اليمين ووقع الطلاق لانه وجد الشرط والمحل قابل للجزاء فينزل
الجزاء ولا يبقى اليمين لما قلنا وان وجد في غير الملك انحلت اليمين لوجود الشرط ولم
يقع شيء لانعدام المحلية قال وان اختلفا في وجود الشرط فالقول قول الزوج الا
ان تقيم المرأة البينة لانه متمسك بالاصل وهو عدم الشرط ولانه ينكر وقوع الطلاق
وزوال الملك والمرأة تدعيه فان كان الشرط لا يعلم الا من جهتها فالقول قولها
في حق نفسها مثل ان يقول ان حضت فانت طالق وفلانة فقالت قد حضت طلقت
ولم تطلق فلانة ووقوع الطلاق استحسان والقياس ان لا يقع لانه شرط فلا تصدق
كما في الدخول وجه الاستحسان انها امينة في حق نفسها اذ لا يعلم ذلك الا من جهتها
فيقبل قولها كما قبل في حق العدة والغشيان لكنها شاهدة في حق ضرتها بل هي متهمة
فلا يقبل قولها في حقها وكذا اذا قال ان كنت تحبين ان يعذبك الله في نار جهنم
فانت طالق وعبدي حر فقالت احبه او قال ان كنت تحبيني فانت طالق وهذه
معك فقالت احبك طلقت هي ولم يعتق العبد ولم تطلق صاحبتها لما بينا ولا يتيقن
بكذبها لانها لشدة بغضها اياه قد تحب التخليص منه بالعذاب وفي حقها ان تعلق الحكم
باخبارها وان كانت كاذبة ففي حق غيرها بقي الحكم على الاصل وهو المحبة قال فاذا
قال اذا حضت فانت طالق فرأت الدم لم يقع الطلاق حتى يستمر ثلاثة ايام لان
ما ينقطع دونها لا يكون حيضا فاذا تمت ثلاثة ايام حكمنا بالطلاق من حين حاضت
لانه بالامتداد عرف انه من الرحم فكان حيضا من الابتداء ولو قال لها اذا حضت
حيضة فانت طالق لم تطلق حتى تطهر من حيضها لان الحيضة بالهاء هي الكامل منها
ولهذا حمل عليه في حديث الاستبراء وكمالها بانتهائها وذلك بالطهر قال واذا قال
انت طالق اذا صمت يوما طلقت حين تغرب الشمس في اليوم الذي تصوم لان اليوم اذا

قرن بفعل ممتد يراد به بياض النهار بخلاف ما اذا قال اذا صمت لانه لم يقدره
بمعيار وقد وجد الصوم بركنه وشرطه قال وان قال لامرأته اذا ولدت غلاما
فانت طالق واحدة واذا ولدت جارية فانت طالق ثنتين فولدت غلاما وجارية
ولا يدرى ايهما اول لزمه في القضاء تطليقة وفي التنزه تطليقتان وانقضت
العدة لانها لو ولدت الغلام اولا وقعت واحدة وتنقضي عدتها بوضع الجارية
ثم لا تقع اخرى لانه حال انقضاء العدة ولو ولدت الجارية اولا وقعت تطليقتان
وانقضت عدتها بوضع الغلام ثم لا يقع شيء آخر به لما ذكرنا انه حال انقضاء العدة
فاذا في حال يقع واحدة وفي حال ثنتان فلا يقع الثانية بالشك والاحتمال والاولى ان ياخذ
بالثنتين تنزها واحتياطا والعدة منقضية بيقين لما ذكرنا وان قال لها ان
كلمت ابا عمرو وابا يوسف فانت طالق ثلاثا ثم طلقها فبانت وانقضت عدتها
فكلمت ابا عمرو ثم تزوجها فكلمت ابا يوسف فهي طالق ثلاثا مع الواحدة الاولى وقال
زفر لا يقع وهذه على وجوه اما ان وجد الشرطان في الملك فيقع الطلاق وهذا ظاهر
او وجدا في غير الملك فلا يقع او وجد الاول في الملك والثاني في غير الملك فلا يقع ايضا
لان الجزاء لا ينزل في غير الملك او وجد الاول في غير الملك والثاني في الملك وهي مسئلة
الكتاب الخلافية لزفر اعتبر الاول بالثاني اذ هما في حكم الطلاق كشيء واحد ولنا ان
صحة الكلام باهلية المتكلم الا ان الملك يشترط حالة التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود
لاستصحاب الحال فيصح اليمين وعند تمام الشرط لينزل الجزاء لانه لا ينزل الا في الملك و
فيما بين ذلك الحال حال بقاء اليمين فيستغني عن قيام الملك اذ بقاؤه بمحله وهو الذمة
وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا فطلقها ثنتين وتزوجت زوجا
آخر ودخل بها ثم عادت الى الاول فدخلت الدار طلقت ثلاثا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد هي طالق ما بقي من الطلاق وهو قول زفر واصله ان الزوج الثاني يهدم
ما دون الثلاث عندهما فتعود اليه بالثلاث وعند محمد وزفر لا يهدم فتعود اليه بما بقي
وسنبينه من بعد ان شاء الله تعالى قال وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا
ثم قال لها انت طالق ثلاثا فتزوجت غيره ودخل بها ثم رجعت الى الاول فدخلت الدار
لم يقع شيء وقال زفر يقع الثلاث لان الجزاء ثلاث مطلق لاطلاق اللفظ وقد بقي احتمال
وقوعها فتبقى اليمين ولنا ان الجزاء طلقات هذا الملك لانها هي المانعة لان الظاهر عدم
ما يحدث واليمين تعقد للمنع او الحمل واذا كان الجزاء ما ذكرناه وقد فات بتنجيز الثلاث

المبطل للمحلية فلا يبقى اليمين بخلاف ما اذا ابانها لان الجزاء باق لبقاء محله ولو قال لامرأته
اذا جامعتك فانت طالق ثلاثا فجامعها فلما التقى الختانان ان لبث ساعة لم يجب عليه المهر
فان اخرجه ثم ادخله وجب عليه المهر وكذا اذا قال لامته اذا جامعتك فانت حرة وعن ادخله
ابي يوسف انه اوجب المهر في الفصل الاول ايضا لوجود الجماع بالدوام عليه الا انه لا يجب
الحد للاتحاد وجه الظاهر ان الجماع ادخال الفرج في الفرج ولا دوام للادخال
بخلاف ما اذا اخرج ثم اولج لانه وجد الادخال بعد الطلاق الا ان الحد لا يجب لشبهة
الاتحاد نظرا الى المجلس والمقصود واذا لم يجب الحد وجب العقر اذ الوطي لا يخلو عن احدهما
ولو كان الطلاق رجعيا يصير مراجعا باللبث عند ابي يوسف خلافا لمحمد لوجود
المساس ولو نزع ثم اولج صار مراجعا بالاجماع لوجود الجماع **فصل في
الاستثناء** واذا قال لامرأته انت طالق ان شاء الله متصلا لم يقع الطلاق لقوله عليه السلام من
حلف بطلاق او عتاق وقال ان شاء الله متصلا به فلا حنث عليه ولانه اتى بصورة الشرط
فيكون تعليقا من هذا الوجه وانه اعدام قبل الشرط والشرط لا يعلم ههنا فيكون اعداما
من الاصل ولهذا يشترط ان يكون متصلا به بمنزلة سائر الشروط ولو سكت ثبت حكم الكلام
الاول فيكون الاستثناء او ذكر الشرط بعده رجوعا عن الاول وكذا اذا ماتت قبل قوله
ان شاء الله لان بالاستثناء خرج الكلام من ان يكون ايجابا والموت ينافي الموجب
دون المبطل بخلاف ما اذا مات الزوج لانه لم يتصل به الاستثناء وان قال انت طالق
ثلاثا الا واحدة طلقت ثنتين وان قال الا ثنتين طلقت واحدة والاصل ان الاستثناء
تكلم بالحاصل بعد الثنيا هو الصحيح ومعناه انه تكلم بالمستثنى منه اذ لا فرق بين قول القائل
لفلان علي درهم وبين قوله عشرة الا تسعة فيصح استثناء البعض من الجملة لانه يبقى
التكلم بالبعض بعده ولا يصح استثناء الكل من الكل لانه لا يبقى بعده شيء ليصير متكلما به
وصار رفعا للفظ اليه وانما يصح ذلك اذا كان موصولا به كما ذكرنا من قبل اذا ثبت هذا
ففي الفصل الاول المستثنى منه ثنتان فيقعان وفي الثاني واحدة فتقع واحدة ولو
قال الا ثلاثا يقع الثلاث لانه استثناء الكل من الكل فلم يصح الاستثناء **باب
طلاق المريض** واذا طلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقا بائنا فمات وهي
في العدة ورثته وان مات بعد انقضاء عدتها فلا ميراث لها وقال الشافعي لا ترث
في الوجهين لان الزوجية قد بطلت بهذا العارض وهي السبب ولهذا لا يرثها
اذا ماتت ولنا ان الزوجية سبب ارثها في مرض موته والزوج قصد ابطاله فيرد

عليه

عليه قصده بتأخير عمله الى زمان انقضاء العدة دفعا للضرر عنها وقد امكن لان النكاح
في العدة يبقى في حق بعض الآثار فجاز ان يبقى في حق ارثها عنه بخلاف ما بعد الانقضاء
لانه لا امكان والزوجية في هذه الحالة ليست بسبب لارثه عنها فتبطل في حقه خصوصا
اذا رضي به وان طلقها ثلاثا بامرها او قال لها اختاري فاختارت نفسها
او اختلعت منه ثم مات وهي في العدة لم ترثه لانها رضيت بابطال حقها والتأخير
لحقها وان قالت طلقني للرجعة فطلقها ثلاثا ورثته لان الطلاق الرجعي لا يزيل
النكاح فلم تكن بسؤالها راضية ببطلان حقها وان قال لها في مرضه قد كنت طلقتك
ثلاثا في صحتي وانقضت عدتك فصدقته ثم اقر لها بدين او اوصى لها بوصية فلها الاقل
من ذلك ومن الميراث عند ابي حنيفة وقالا يجوز اقراره ووصيته وان طلقها ثلاثا
في مرضه بامرها ثم اقر لها بدين او اوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث
في قولهم جميعا الا على قول زفر فان لها جميع ما اوصى وما اقر لان الميراث لما بطل بسؤالها
زال المانع من صحة الاقرار والوصية وجه قولهما في المسئلة الاولى انهما لما تصادقا على
الطلاق وانقضاء العدة صارت اجنبية عنه فانعدمت التهمة الا ترى انه تقبل شهادته لها (ويتزوج اختها)
ويجوز وضع الزكوة فيها بخلاف المسئلة الثانية لان العدة باقية وهي سبب التهمة والحكم يدار
على دليل التهمة ولهذا يدار على النكاح والقرابة ولا عدة في المسئلة الاولى ولابي حنيفة
في المسئلتين ان التهمة قائمة لان المرأة قد تختار الطلاق لينفتح باب الاقرار والوصية
عليها فيزيد حقها والزوجان قد يتواضعان على الاقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليبر ٥
الزوج بماله زيادة على ميراثها وهذه التهمة في الزيادة فرددناها ولا تهمة في قدر
الميراث فصححناه ولا مواضعة عادة في حق الزكوة والتزوج والشهادة فلا تهمة في حق
هذه الاحكام قال ومن كان محصورا او في صف القتال فطلق امرأته ثلاثا لم ترثه وان
كان قد بارز رجلا او قدم ليقتل في قصاص او رجم ورثت ان مات في ذلك الوجه
او قتل واصله ما بينا ان امرأة الفار ترث استحسانا وانما يثبت حكم الفرار بتعلق حقها
بماله وانما يتعلق بمرض يخاف منه الهلاك غالبا كما اذا كان صاحب الفراش وهو ان
يكون بحال لا يقوم بحوائجه كما يعتاده الاصحاء وقد يثبت بما هو في معنى المرض في توجه
الهلاك الغالب وما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار فالمحصور والذي هو في صف
القتال الغالب منه السلامة لان الحصن لدفع بأس العدو وكذا المنعة فلا يثبت به حكم
الفرار والذي بارز او قدم ليقتل الغالب منه الهلاك فيتحقق به الفرار ولهذا اخوات

يخرج على هذا الحرف وقوله اذا مات من ذلك لوجود فصل ليدل على انه لا فرق بين ما اذا
مات بذلك السبب او بسبب آخر كصاحب الفراش بسبب المرض اذا قتل قال واذا قال الرجل لامرأته
وهو صحيح اذا جاء راس الشهر او اذا دخلت الدار او اذا صلى فلان الظهر او اذا دخل
فلان الدار فانت طالق فكانت هذه الاشياء والزوج مريض لم ترث وان كان القول
في المرض ورثت الا في قوله اذا دخلت الدار وهذا على وجوه اما ان يعلق الطلاق بمجيء الوقت
او بفعل الاجنبي او بفعل نفسه او بفعل المرأة وكل وجه على وجهين اما ان كان التعليق
في الصحة والشرط في المرض او كلاهما في المرض اما الوجهان الاولان وهو اذا كان
التعليق بمجيء الوقت بان قال اذا جاء راس الشهر فانت طالق او بفعل الاجنبي بان قال
اذا دخل فلان الدار او صلى فلان الظهر فان كان التعليق والشرط في المرض فلها الميراث
لان القصد الى الفرار قد تحقق منه بمباشرة التعليق في حال تعلق حقها بماله وان كان
التعليق في الصحة والشرط في المرض لم ترث وقال زفر ترث لان المعلق بالشرط ينزل عند
الشرط كالمنجز فكان ايقاعا في المرض ولنا ان التعليق السابق يصير تطليقا عند الشرط حكما
لا قصدا ولا ظلم الا عن قصد فلا يرد تصرفه واما الوجه الثالث وهو اذا علقه بفعل
نفسه فسواء كان التعليق في الصحة والشرط في المرض او كانا في المرض والفعل مما له منه بد
او لا بد له منه يصير فارا لوجود قصد الابطال اما بالتعليق او بمباشرة الشرط
في المرض وان لم يكن له من فعل الشرط بد فله من التعليق الف بد فيرد تصرفه دفعا
للضرر عنها واما الوجه الرابع وهو ما اذا علقه بفعلها فان كان التعليق والشرط في المرض
والفعل مما لها منه بد ككلام زيد ونحوه لم ترث لانها راضية بذلك وان كان الفعل
لا بد لها منه كاكل الطعام وصلاة الظهر وكلام الابوين فلها الميراث لانها
مضطرة في المباشرة لما لها في الامتناع من خوف الهلاك في الدنيا او في العقبى
ولا رضاء مع الاضطرار واما اذا كان التعليق في الصحة ان كان الفعل مما لها منه بد
فلا اشكال انه لا ميراث لها وان كان مما لا بد لها منه فكذلك الجواب عند محمد وهو
قول زفر لانه لم يوجد من الزوج صنع بعد ما تعلق حقها بماله وعند ابي حنيفة وابي يوسف
ترث لان الزوج الجاها الى المباشرة فينتقل الفعل اليه كانها آلة له كما في الاكراه
قال واذا طلقها ثلاثا وهو مريض ثم صح ثم مات لم ترث وقال زفر ترث لانه
قصد الفرار حين اوقع في المرض وقد مات وهي في العدة ولكنا نقول المرض اذا
تعقبه برء فهو بمنزلة الصحة لانه ينعدم به مرض الموت فتبين انه لا حق يتعلق بماله

فلا يصير الزوج فارا قال ولو طلقها فارتدت والعياذ بالله ثم اسلمت ثم مات من مرضه وهي
في العدة لم ترث وان لم ترتد بل طاوعت ابن زوجها في الجماع ورثت ووجه الفرق
انها بالردة ابطلت اهلية الارث اذ المرتد لا يرث احدا ولا بقاء له بدون الاهلية
وبالمطاوعة ما ابطلت الاهلية لان المحرمية لا تنافي الارث وهو الباقي بخلاف ما
اذا طاوعت في حال قيام النكاح لانها تثبت الفرقة فتكون راضية ببطلان السبب وبعد
الطلاق الثلاث لا تثبت الحرمة بالمطاوعة لتقدمها عليها فافترقا قال ومن قذف
امرأته وهو صحيح ولاعن في المرض ورثت عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا ترث وان كان القذف
في المرض ورثت في قولهم جميعا وهذا ملحق بالتعليق بفعل لا بد لها منه اذ هي ملجأة الى
الخصومة لدفع عار الزنى عن نفسها وقد بينا الوجه فيه وان آلى وهو صحيح ثم بانت بالايلاء
وهو مريض لم ترث وان كان الايلاء ايضا في المرض ورثت لان الايلاء في معنى تعليق
الطلاق بمضي اربعة اشهر خالية عن الوقاع فيكون ملحقا بالتعليق بمجيء الوقت وقد ذكرنا
وجهه قال والطلاق الذي يملك فيه الرجعة ترث به في جميع الوجوه لما بينا انه لا يزيل
النكاح حتى يحل الوطء فكان السبب قائما وكل ما ذكرنا انها ترث انما ترث اذا مات وهي
في العدة وقد بيناه

باب الرجعة

اذا طلق الرجل امرأته تطليقة رجعية
او تطليقتين فله ان يراجعها في عدتها رضيت بذلك او لم ترض لقوله تعالى فامسكوهن
بمعروف من غير فصل ولا بد من قيام العدة لان الرجعة استدامة الملك الا ترى انه
سمي امساكا وهو الابقاء وانما يتحقق الاستدامة في العدة لانه لا ملك بعد انقضائها
قال والرجعة ان يقول راجعتك او راجعت امرأتي وهذا صريح في الرجعة ولا خلاف
فيه بين الائمة او يطأها او يقبلها او يلمسها بشهوة او ينظر الى فرجها بشهوة وهذا
عندنا وقال الشافعي لا تصح الرجعة الا بالقول مع القدرة عليه لان الرجعة بمنزلة
ابتداء النكاح حتى يحرم وطؤها وعندنا هي استدامة النكاح على ما بيناه وسنقرره ان شاء الله تعالى
والفعل قد يقع دلالة على الاستدامة كما في اسقاط الخيار والدلالة فعل يختص بالنكاح
وهذه الافاعيل تختص به خصوصا في الحرة بخلاف المس والنظر بغير شهوة لانه قد
يحل بدون النكاح كما في القابلة والطبيب وغيرهما والنظر الى غير الفرج قد يقع بين
المساكنين والزوج يساكنها في العدة فلو كان رجعة لطلقها فتطول العدة عليها
ويستحب ان يشهد على الرجعة شاهدين وان لم يشهد صحت الرجعة وقال الشافعي في
احد قوليه لا تصح الرجعة وهو قول مالك لقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم والامر

للايجاب ولنا اطلاق النصوص عن قيد الاشهاد ولانه استدامة النكاح والشهادة ليست
شرطا فيه في حالة البقاء كما في الفيء في الايلاء الا انها تستحب لزيادة الاحتياط
كيلا يجري التناكر فيها وما تلاه محمول عليه الا يرى انه تعالى قرنها بالمفارقة وهو فيها
مستحب ويستحب ان يعلمها كيلا تقع في المعصية واذا انقضت العدة فقال قد كنت راجعتك
في العدة فصدقته فهي رجعة وان كذبته فالقول قولها لانه اخبر عما لا يملك انشاءه في الحال
فكان متهما الا ان بالتصديق ترتفع التهمة ولا يمين عليها عند ابي حنيفة وهي مسئلة الاستحلاف
في الاشياء الستة وقد مرت في كتاب النكاح واذا قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة
له قد انقضت عدتي لم تصح الرجعة عند ابي حنيفة وقالا تصح الرجعة لانها صادفت العدة
اذ هي باقية ظاهرا الى ان تخبر وقد سبقته الرجعة ولهذا لو قال لها طلقتك فقالت
مجيبة له قد انقضت عدتي يقع الطلاق ولابي حنيفة انها صادفت حالة الانقضاء لانها
امينة في الاخبار عن الانقضاء فاذا اخبرت دل ذلك على سبق الانقضاء واقرب
احواله حال قول الزوج ومسئلة الطلاق على الخلاف ولو كانت على الاتفاق فالطلاق
يقع باقراره بعد الانقضاء والمراجعة لا تثبت به واذا قال زوج الامة بعد انقضاء
عدتها قد كنت راجعتها فصدقه المولى وكذبته الامة فالقول قولها عند ابي حنيفة وقالا
القول قول المولى لان بضعها مملوك له فقد اقر بما هو خالص حقه للزوج فشابه الاقرار عليها لاقرم
بالنكاح وهو يقول حكم الرجعة يبتني على العدة والقول في العدة قولها فكذا فيما يبتني
عليها ولو كان على القلب فعندهما القول قول المولى وكذا عنده في الصحيح لانها منقضية
العدة في الحال وقد ظهر ملك المتعة للمولى فلا يقبل قولها في ابطاله بخلاف الوجه الاول
لان المولى بالتصديق في الرجعة صار مقرا بقيام العدة عندها ولا يظهر ملكه مع العدة
واذا قالت قد انقضت عدتي وقال الزوج والمولى لم تنقض فالقول قولها لانها
امينة في ذلك اذ هي العالمة به واذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة لعشرة ايام انقطعت
الرجعة وان لم تغتسل واذا انقطع لاقل من عشرة ايام لم تنقطع حتى تغتسل او يمضي عليها
وقت صلوة لان الحيض لا مزيد له على العشرة فبمجرد الانقطاع خرجت من الحيض فانقضت
العدة وانقطعت الرجعة وفيما دون العشرة يحتمل عود الدم فلا بد ان يعتضد الانقطاع
بحقيقة الاغتسال او بلزوم حكم من احكام الطاهرات بمضي وقت الصلوة بخلاف ما اذا كانت
كتابية لانه لا يتوقع في حقها امارة زائدة فاكتفي بالانقطاع وتنقطع اذا تيممت وصلت
عند ابي حنيفة وابي يوسف وهذا استحسان وقال محمد اذا تيممت انقطعت وهذا قياس لان التيمم

حال عدم الماء طهارة مطلقة حتى يثبت به من الاحكام ما يثبت بالاغتسال فكان
بمنزلته ولهما انه ملوث غير مطهر وانما اعتبر طهارة ضرورة ان لا تتضاعف الواجبات
وهذه الضرورة تتحقق حال اداء الصلوة لا فيما قبلها من الاوقات والاحكام الثابتة
ايضا ضرورية اقتضائية ثم قيل تنقطع بنفس الشروع عندهما وقيل بعد الفراغ من الصلوة
ليتقرر حكم جواز الصلاة واذا اغتسلت ونسيت شيئا من بدنها لم يصبه الماء فان كان
عضوا فما فوقه لم تنقطع الرجعة وان كان اقل من عضو انقطعت قال رضي الله عنه
وهذا استحسان والقياس في العضو الكامل ان لا تبقى الرجعة لانها غسلت الاكثر
والقياس فيما دون العضو ان تبقى لان حكم الجنابة والحيض لا يتجزى ووجه الاستحسان
وهو الفرق ان ما دون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول
الماء اليه فقلنا انه تنقطع الرجعة ولا يحل لها التزوج اخذا بالاحتياط فيهما بخلاف
العضو الكامل لانه لا يتسارع اليه الجفاف ولا يغفل عنه عادة فافترقا وعن ابي يوسف
ان ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل وعنه وهو قول محمد هو بمنزلة
ما دون العضو لان في فرضيته خلافا بخلاف غيره من الاعضاء قال ومن طلق امرأته
وهي حامل او ولدت منه وقال لم اجامعها فله الرجعة لان الحبل متى ظهر في مدة يتصور
ان يكون منه جعل منه لقوله عليه الصلوة والسلام الولد للفراش وذلك دليل الوطي منه وكذا
اذا ثبت نسب الولد منه جعل واطيا واذا ثبت الوطي تأكد الملك والطلاق في ملك متأكد
يعقب الرجعة ويبطل زعمه بتكذيب الشرع الا يرى انه يثبت بهذا الوطي الاحصان فلان تثبت
الرجعة اولى وتأويل مسئلة الولادة ان تلد قبل الطلاق لانها لو ولدت بعده تنقضي العدة
بالولادة ولا يتصور الرجعة فان خلا بها واغلق بابا او ارخى سترا وقال لم اجامعها
ثم طلقها لم يملك الرجعة لان تأكد الملك بالوطي وقد اقر بعدمه فيصدق في حق نفسه
والرجعة حقه ولم يصر مكذبا شرعا لان تأكد المهر المسمى يبتني على تسليم المبدل لا على بخلاف المهر
القبض بخلاف الفصل الاول فان راجعها معناه بعد ما خلا بها وقال لم اجامعها
ثم جاءت بولد لاقل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة لانه يثبت النسب منه اذ هي لم تقر
بانقضاء العدة والولد يبقى في البطن هذه المدة فانزل واطيا قبل الطلاق دون
ما بعده لان على اعتبار الثاني يزول الملك بنفس الطلاق لعدم الوطي قبله فيحرم الوطي
والمسلم لا يفعل الحرام قال وان قال لها اذا ولدت فانت طالق فولدت ثم
اتت بولد آخر فهي رجعة معناه من بطن آخر وهو ان يكون بعد ستة اشهر وان كان اكثر من سنتين

اذا لم تقر بانقضاء العدة لانه وقع الطلاق عليها بالولد الاول ووجبت العدة فيكون
الولد الثاني من علوق حادث منه في العدة لانها لم تقر بانقضاء العدة فيصير مراجعا
وان قال كلما ولدت ولدا فانت طالق فولدت ثلثة اولاد في بطون مختلفة فالولد
الثاني رجعة وكذلك الولد الثالث لانها اذا جاءت بالولد الاول وقع الطلاق
وصارت معتدة وبالثاني صار مراجعا لما بينا انه يجعل العلوق بوطء حادث في العدة
ويقع الطلاق الثاني بولادة الولد الثاني لان اليمين معقودة بكلمة كلما ووجبت العدة
وبالولد الثالث صار مراجعا لما ذكرنا ويقع الطلقة الثالثة بولادة الثالث ووجبت
العدة بالاقراء لانها حائل من ذوات الحيض حين وقع الطلاق قال والمطلقة
الرجعية تتشوف وتتزين لانها حلال للزوج اذ النكاح قائم بينهما ثم الرجعة مستحبة
والتزين حامل عليها فيكون مشروعا ويستحب لزوجها ان لا يدخل عليها حتى يؤذنها
او يسمعها خفق نعليه معناه اذا لم يكن من قصده المراجعة لانها ربما تكون متجردة
فيقع نظره على موضع يصير به مراجعا ثم يطلقها فتطول العدة عليها وليس له ان
يسافر بها حتى يشهد على رجعتها وقال زفر له ذلك لقيام النكاح ولهذا له ان
يغشاها عندنا ولنا قوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن الاية ولان تراخي عمل المبطل
لحاجته الى المراجعة فاذا لم يراجعها حتى انقضت العدة ظهر انه لا حاجة فتبين
ان المبطل عمل عمله من وقت وجوده ولهذا تحتسب الاقراء من العدة فلم يملك الزوج الاخراج
الا ان يشهد على رجعتها معناه الاستحباب على ما قدمناه قال والطلاق الرجعي لا يحرم
الوطء وقال الشافعي يحرمه لان الزوجية زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق
ولنا انها قائمة حتى يملك الزوج مراجعتها من غير رضاها لان حق الرجعة ثبت نظرا
للزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم وهذا المعنى يوجب استبداده به وذلك
يؤذن بكونه استدامة لا انشاء اذ الدليل ينافيه والقاطع اخر عمله الى مدة اجماعا
او نظرا له على ما تقدم **فصل** فيما تحل به المطلقة واذا كان الطلاق بائنا
دون الثلث فله ان يتزوجها في العدة وبعد انقضائها لان حل المحلية باق لان زواله
معلق بالطلقة الثالثة فينعدم قبله ومنع الغير في العدة لاشتباه النسب ولا اشتباه
في اطلاقه وان كان الطلاق ثلثا في الحرة او ثنتين في الامة لم تحل له حتى تنكح زوجا
غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم يطلقها او يموت عنها والاصل فيه قوله تعالى فان طلقها
فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره والمراد منه الطلقة الثالثة والثنتان في الامة كالثلث

من بعد

في الحرة لان الرق منصف لحل المحلية على ما عرف ثم الغاية نكاح الزوج مطلقا والزوجية
المطلقة انما تثبت بنكاح صحيح وشرط الدخول يثبت باشارة النص وهو ان يحمل النكاح
على الوطء حملا للكلام على الافادة دون الاعادة اذ العقد استفيد باطلاق اسم
الزوج او يزاد على النص بالحديث المشهور وهو قوله عليه السلام لا تحل للاول حتى تذوق
عسيلة الاخر روي بروايات ولا خلاف لاحد فيه سوى سعيد بن المسيب رحمه الله وقوله
غير معتبر حتى لو قضى به القاضي لا ينفذ والشرط الايلاج دون الانزال لانه كمال ومبالغة
فيه والكمال قيد زائد قال والصبي المراهق في التحليل كالبالغ لوجود الدخول في نكاح
صحيح وهو الشرط بالنص ومالك يخالفنا فيه والحجة عليه ما بيناه وفسره في الجامع الصغير
وقال غلام لم يبلغ ومثله يجامع جامع امرأته وجب عليها الغسل واحلها للزوج الاول
ومعنى هذا الكلام ان تتحرك آلته ويشتهي وانما وجب عليها الغسل لالتقاء الختانين وهو
سبب لنزول مائها والحاجة الى الايجاب في حقها اما لا غسل على الصبي وان كان يؤمر به
تخلقا قال ووطء المولى امته لا يحلها لان الغاية نكاح الزوج واذا تزوجها بشرط
التحليل فالنكاح مكروه لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم لعن الله المحلل والمحلل له وهذا هو
محمله فان طلقها بعدما وطئها حلت للاول لوجود الدخول في نكاح صحيح اذ النكاح لا
يبطل بالشرط وعن ابي يوسف انه يفسد النكاح لانه في معنى الموقت فيه ولا يحلها على الاول
لفساده وقال محمد يصح النكاح لما بينا ولا يحلها على الاول لانه استعجل ما اخره الشرع
فيجازى بمنع مقصوده كما في قتل المورث قال واذا طلق الحرة تطليقة او تطليقتين و
انقضت عدتها وتزوجت بزوج اخر ثم عادت الى الزوج الاول عادت بثلث
تطليقات ويهدم الزوج الثاني الطلقة والطلقتين كما يهدم الثلث وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد لا يهدم ما دون الثلث لانه غاية للحرمة بالنص فيكون منهيا ولا
انهاء للحرمة قبل الثبوت ولهما قوله عليه الصلوة والسلام لعن الله المحلل والمحلل له
سماه محللا وهو المثبت للحل قال واذا طلقها ثلثا فقالت قد انقضت عدتي
وتزوجت بزوج اخر ودخل بي الزوج وطلقني وانقضت عدتي والمدة تحتمل ذلك
جاز للزوج ان يصدقها اذا كان في غالب ظنه انها صادقة لانه معاملة او امر ديني
لتعلق الحل به وقول الواحد فيها مقبول وهو غير مستنكر اذا كانت المدة محتملة واختلفوا
في ادنى هذه المدة وسنبينها في باب العدة ان شاء الله تعالى **باب الايلاء**
اذا قال الرجل لامرأته والله لا اقربك او قال لا اقربك اربعة اشهر فهو مول لقوله

للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر فان وطئها في الاربعة الاشهر حنث في يمينه
ولزمته الكفارة لان الكفارة موجب الحنث وسقط الايلاء لان اليمين ترتفع بالحنث
وان لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانت منه بتطليقة وقال الشافعي تبين بتفريق
القاضي لانه مانع حقها في الجماع فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب والعنة
ولنا انه ظلمها بمنع حقها فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة
وهو المأثور عن عثمان وعلي والعبادلة الثلثة وزيد بن ثابت رضي الله عنهم اجمعين
وكفى بهم قدوة ولانه كان طلاقا في الجاهلية فحكم الشرع بتاجيله الى انقضاء المدة
قال فان كان حلف على اربعة اشهر فقد سقطت اليمين لانها كانت موقتة به وان كان
حلف على الابد فاليمين باقية لانها مطلقة ولم يوجد الحنث لترتفع به الا انه لا يتكرر
الطلاق قبل التزوج لانه لم يوجد منع الحق بعد البينونة فان عاد فتزوجها عاد الايلاء
فان وطئها والا وقعت بمضي اربعة اشهر اخرى لان اليمين باقية لاطلاقها وبالتزوج
ثبت حقها فيتحقق الظلم ويعتبر ابتداء هذا الايلاء من وقت التزوج فان تزوجها
ثالثا عاد الايلاء ووقعت بمضي اربعة اشهر اخرى ان لم يقربها لما بينا فان تزوجها
بعد زوج آخر لم يقع بذلك الايلاء طلاق لتقيده بطلاق هذا الملك وهي فرع مسئلة
التنجيز الخلافية وقد مر من قبل واليمين باقية لاطلاقها وعدم الحنث فان وطئها كفر
عن يمينه لوجود الحنث قال فان حلف على اقل من اربعة اشهر لم يكن موليا لقول ابن عباس
رضي الله عنهما لا ايلاء فيما دون اربعة اشهر ولان الامتناع عن قربانها في اكثر المدة
بلا مانع وبمثله لا يثبت حكم الطلاق فيه قال ولو قال والله لا اقربك شهرين وشهرين
بعد هذين الشهرين فهو مول لانه جمع بينهما بحرف الجمع فصار كجمعه بلفظ الجمع ولو مكث
يوما ثم قال والله لا اقربك شهرين بعد الشهرين الاولين لم يكن موليا لان الثاني ايجاب
مبتدأ وقد صار ممنوعا بعد اليمين الاولى شهرين وبعد الثانية اربعة الا يوما مكث فيه
فلم يتكامل مدة المنع قال ولو قال والله لا اقربك سنة الا يوما لم يكن موليا خلافا
لزفر هو يصرف الاستثناء الى آخرها اعتبارا بالاجارة فتمت مدة المنع ولنا ان
المولي من لا يمكنه القربان اربعة اشهر الا بشيء يلزمه ويمكنه ههنا لان المستثنى يوم منكر
بخلاف الاجارة لان الصرف الى الآخر لتصحيحها فانها لا تصح مع التنكير ولا كذلك
اليمين ولو قربها في يوم والباقي اربعة اشهر او اكثر صار موليا لسقوط الاستثناء
ولو قال وهو بالبصرة والله لا ادخل الكوفة وامرأته بها لم يكن موليا لانه يمكنه

ثم عند العتقى ، عبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وعبد الله بن الزبير وابن عمرو ... وابن عباس وابن الزبير وابن عمرو رضوان الله تعالى عليهم ولم يذكروا فيهم عبد الله بن ... وجعل من الفقيه بعضهم اكمل

منح م

القربان من غير شيء يلزمه بالخروج من الكوفة ولو حلف بحج او بصوم او بصدقة او عتق
او طلاق فهو مول لتحقق المنع باليمين وهو ذكر الشرط والجزاء وهذه الاجزية
مانعة لما فيها من المشقة وصورة الحلف بالعتق ان يعلق بقربانها عتق عبده
وفيه خلاف ابي يوسف فانه يقول يمكنه البيع ثم القربان فلا يلزمه شيء وهما يقولان
البيع موهوم فلا يمنع المانعية فيه والحلف بالطلاق ان يعلق بقربانها طلاقها
او طلاق صاحبتها وكل ذلك مانع قال وان آلى من المطلقة الرجعية كان موليا
وان آلى من البائنة لم يكن موليا لان الزوجية قائمة في الاولى دون الثانية
ومحل الايلاء من يكون من نسائنا بالنص فلو انقضت العدة قبل انقضاء مدة
الايلاء سقط الايلاء لفوات المحلية قال ولو قال لاجنبية والله لا اقربك
او انت علي كظهر امي ثم تزوجها لم يكن موليا ولا مظاهرا لان الكلام في مخرجه
وقع باطلا لانعدام المحلية فلا ينقلب صحيحا بعد ذلك وان قربها كفر عن يمينه
لتحقق الحنث اذ اليمين منعقدة في حقه قال ومدة ايلاء الامة شهران لان هذه
مدة ضربت اجلا للبينونة فتتنصف بالرق كمدة العدة قال وان كان المولي مريضا
لا يقدر على الجماع او كانت مريضة او رتقاء او صغيرة لا يجامع مثلها او كانت بينهما
مسافة لا يقدر ان يصل اليها في مدة الايلاء ففيئه ان يقول بلسانه فئت اليها
فان قال ذلك سقط الايلاء وقال الشافعي لا فيء الا بالجماع واليه ذهب الطحاوي
لانه لو كان فيئا لكان حانثا ولنا انه آذاها بذكر المنع فيكون ارضاؤها بالوعد
باللسان واذا ارتفع الظلم لا يجازى بالطلاق ولو قدر على الجماع في المدة بطل
ذلك الفيء وصار فيئه بالجماع لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف
واذا قال لامرأته انت علي حرام سئل عن نيته فان قال اردت الكذب فهو كما قال
لانه نوى حقيقة كلامه وقيل لا يصدق في القضاء لانه يمين ظاهرا وان قال
اردت الطلاق فهي تطليقة بائنة الا ان ينوي الثلاث وقد ذكرناه في الكنايات
وان قال اردت الظهار فهو ظهار وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ليس
بظهار لانعدام التشبيه بالمحرمة وهو الركن فيه ولهما انه اطلق الحرمة وفي الظهار
نوع حرمة والمطلق يحتمل المقيد وان قال اردت التحريم او لم ارد به شيئا فهو
يمين يصير به موليا لان الاصل في تحريم الحلال انما هو اليمين عندنا وسنذكره في الايمان
ان شاء الله تعالى ومن مشايخنا من يصرف لفظ التحريم الى الطلاق من غير نية

ولو صغيرة لا تجامع بعد ذلك مثلها

بحكم العرف **باب الخلع** وإذا تشاق الزوجان وخافا أن لا يقيما حدود الله
فلا بأس بأن تفتدي نفسها منه بمال يخلعها به لقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به
فإذا فعلا ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة ولزمها المال لقوله عليه السلام الخلع تطليقة
بائنة ولأنه يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات والواقع بالكناية بائن إلا أن ذكر
المال أغنى عن النية هنا ولأنها لا تسلم المال إلا لتسلم لها نفسها وذلك بالبينونة وإن
كان النشوز من قبله يكره له أن يأخذ منها عوضا لقوله تعالى وإن أردتم استبدال زوج
مكان زوج إلى أن قال فلا تأخذوا منه شيئا ولأنه أوحشها بالاستبدال فلا يزيد
في وحشتها بأخذ المال وإن كان النشوز منها كرهنا له أن يأخذ أكثر مما أعطاها
وفي الجامع الصغير طاب الفضل أيضا لإطلاق ما تلوناه بدءا ووجه الأخرى قوله عليه السلام رواية
في امرأة ثابت بن قيس بن شماس أما الزيادة فلا وقد كان النشوز منها ولو أخذ الزيادة
جاز في القضاء وكذا إذا أخذ والنشوز منه لأن مقتضى ما تلوناه شيئان الجواز حكما
والإباحة وقد ترك العمل في حق الإباحة لمعارض فبقي معمولا في الباقي وإن طلقها
على مال فقبلت وقع الطلاق ولزمها المال لأن الزوج يستبد بالطلاق تنجيزا
وتعليقا وقد علقه بقبولها والمرأة تملك التزام المال لولايتها على نفسها وملك
النكاح مما يجوز الاعتياض عنه وإن لم يكن مالا كالقصاص وكان الطلاق بائنا
لما بينا ولأنه معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج أحد البدلين فتملك هي الآخر
وهو النفس تحقيقا للمساواة قال وإن بطل العوض في الخلع مثل أن يخالع المرأة المسلمة
على خمر أو خنزير أو ميتة فلا شيء للزوج والفرقة بائنة وإن بطل العوض في الطلاق
كان رجعيا فوقوع الطلاق في الوجهين للتعليق بالقبول وافتراقهما في الحكم لأنه لما
بطل العوض كان العامل في الأول لفظ الخلع وهو كناية وفي الثاني الصريح وهو يعقب
الرجعة وإنما لم يجب للزوج شيء عليها لأنها ما سمت مالا متقوما حتى تصير غارة له
ولأنه لا وجه إلى إيجاب المسمى للإسلام ولا إلى إيجاب غيره لعدم الالتزام بخلاف
ما إذا خالع على خل بعينه فظهر خمرا لأنها سمت مالا فصار مغرورا وبخلاف ما إذا
كاتب أو أعتق على خمر حيث تجب قيمة العبد لأن ملك المولى فيه متقوم وما رضي بزواله مجانا
أما ملك البضع في حالة الخروج غير متقوم على ما نذكر وبخلاف النكاح لأن البضع في حالة
الدخول متقوم والفقه فيه أنه شريف فلم يشرع تملكه إلا بعوض إظهارا لشرفه فأما
الإسقاط فنفسه شرف فلا حاجة إلى إيجاب المال قال وما جاز أن يكون مهرا جاز أن

يكون بدلا في الخلع لأن ما يصلح عوضا للمتقوم أولى أن يصلح لغير المتقوم فإن قالت له خالعني
على ما في يدي فخالعها فلم يكن في يدها شيء فلا شيء له عليها لأنها لم تغره بتسمية المال وإن
قالت له خالعني على ما في يدي من مال فخالعها فلم يكن في يدها شيء ردت عليه مهرها
لأنها لما سمت مالا لم يكن الزوج راضيا بالزوال إلا بعوض ولا وجه إلى إيجاب المسمى
وقيمته للجهالة ولا إلى قيمة البضع أعني مهر المثل لأنه غير متقوم حالة الخروج فتعين إيجاب
ما قام به على الزوج دفعا للضرر عنه ولو قالت خالعني على ما في يدي من دراهم أو من
الدراهم ففعل فلم يكن في يدها شيء فعليها ثلاثة دراهم لأنها سمت الجمع وأقله ثلاثة وكلمة
من هنا للصلة دون التبعيض لأن الكلام يختل بدونه قال وإن اختلعت على عبد
لها آبق على أنها بريئة من ضمانه لم تبرأ وعليها تسليم عينه إن قدرت وتسليم قيمته إن عجزت
لأنه عقد معاوضة فيقتضي سلامة العوض واشتراط البراءة عنه شرط فاسد فيبطل
إلا أن الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة وعلى هذا النكاح وإذا قالت طلقني ثلاثا
بألف فطلقها واحدة فعليها ثلث الألف لأنها لما طلبت الثلاث بألف فقد طلبت
كل واحدة بثلث الألف وهذا لأن حرف الباء تصحب الأعواض والعوض ينقسم على المعوض
والطلاق بائن لوجوب المال وإن قالت طلقني ثلاثا على ألف فطلقها واحدة فلا شيء
عليها عند أبي حنيفة ويملك الرجعة وقالا هي واحدة بائنة بثلث الألف لأن كلمة على
بمنزلة الباء في المعاوضات حتى إن قولهم احمل هذا الطعام بدرهم أو على درهم سواء وله
أن كلمة على للشرط قال الله تعالى يبايعنك على أن لا يشركن بالله شيئا ومن قال لامرأته
أنت طالق على أن تدخلي الدار كان شرطا وهذا لأنه للزوم حقيقة واستعير للشرط
لأنه يلازم الجزاء وإذا كان للشرط فالمشروط لا يتوزع على أجزاء الشرط بخلاف الباء
الزوج لأنه للعوض على ما مر وإذا لم يجب المال كان مبتدأ فوقع ويملك الرجعة ولو قال طلقي
نفسك ثلاثا بألف أو على ألف فطلقت نفسها واحدة لم يقع شيء لأن الزوج ما رضي
بالبينونة إلا لتسلم له الألف كلها بخلاف قولها طلقني ثلاثا بألف لأنها لما رضيت
بالبينونة بألف كانت ببعضها أرضى قال ولو قال أنت طالق على ألف فقبلت طلقت
وعليها الألف وهو كقوله أنت طالق بألف ولا بد من القبول في الوجهين لأن معنى قوله
بألف بعوض يجب لي عليك ومعنى قوله على ألف على شرط ألف يكون لي عليك والعوض
لا يجب بدون قبوله والمعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده والطلاق بائن لما قلنا
ولو قال أنت طالق وعليك ألف فقبلت أو قال لعبده أنت حر وعليك ألف فقبل عتق العبد

وطلقت المرأة ولا شيء عليها عند ابي حنيفة وكذا اذا لم تقبل وقالا لا على كل واحد منهما الا
اذا قبل وان لم تقبل لا يقع الطلاق والعتاق لهما ان هذا الكلام يستعمل للمعاوضة فان
قولهم احمل هذا المتاع ولك درهم بمنزلة قولهم بدرهم وله انه جملة تامة فلا ترتبط بما قبله
الا بدلالة اذ الاصل فيها الاستقلال ولا دلالة لان الطلاق والعتاق ينفكان عن
المال بخلاف البيع والاجارة لانهما لا يوجدان بدونه ولو قال انت طالق على الف
على اني بالخيار او على انك بالخيار ثلثة ايام فقبلت فالخيار باطل اذا كان للزوج وهو
جائز اذا كان للمرأة فان ردت الخيار في الثلث بطل وان لم ترد طلقت ولزمها الالف
وهذا عند ابي حنيفة وقالا الخيار باطل في الوجهين والطلاق واقع وعليها الف درهم لان
الخيار للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد والتصرفان لا يحتملان الفسخ من الجانبين
لانه في جانبه يمين ومن جانبها شرط ولابي حنيفة ان الخلع في جانبها بمنزلة البيع حتى يصح
رجوعها ولا يتوقف على ما وراء المجلس فيصح اشتراط الخيار فيه اما في جانبه يمين حتى
لا يصح رجوعه عنه ويتوقف على ما وراء المجلس ولا خيار في الايمان وجانب العبد
في العتاق مثل جانبها في الطلاق ومن قال لامرأته طلقتك امس على الف درهم فلم تقبلي
فقالت قبلت فالقول قول الزوج ومن قال لغيره بعت منك هذا العبد امس بالف درهم
فلم تقبل فقال قبلت فالقول قول المشتري ووجه الفرق ان الطلاق بالمال يمين من جانبه
فالاقرار به لا يكون اقرارا بالشرط لصحته بدونه اما البيع لا يتم الا بالقبول والاقرار
به اقرار بما لا يتم الا به فانكاره القبول رجوع منه قال والمبارأة كالخلع كلاهما
يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الاخر مما يتعلق بالنكاح عند ابي حنيفة
وقال محمد لا يسقط فيهما الا ما سمياه وابو يوسف معه في الخلع ومع ابي حنيفة في المبارأة
لمحمد ان هذه معاوضة وفي المعاوضات يعتبر المشروط لا غير ولابي يوسف ان المبارأة
مفاعلة من البراءة فيقتضيها من الجانبين وانه مطلق فقيدناه بحقوق النكاح لدلالة
الغرض اما الخلع فمقتضاه الانخلاع وقد حصل في نقض النكاح فلا ضرورة الى
انقطاع الاحكام ولابي حنيفة ان الخلع ينبئ عن الفصل ومنه خلع النعل وخلع العمل
وهو مطلق كالمبارأة فيعمل باطلاقهما في النكاح واحكامه وحقوقه قال ومن خلع ابنته
وهي صغيرة بمالها لم يجز عليها لانه لا نظر لها فيه اذ البضع في حالة الخروج غير متقوم
والبدل متقوم بخلاف النكاح لان البضع متقوم عند الدخول ولهذا يعتبر خلع المريضة
من الثلث ونكاح المريض بمهر المثل من جميع المال واذا لم يجز لا يسقط المهر ولا يستحق مالها

ثم

ثم يقع الطلاق في رواية ولا يقع في رواية والاول اصح لانه تعليق بشرط قبوله فيعتبر
بالتعليق بسائر الشروط وان خلعها على الف درهم على انه ضامن فالخلع واقع
والالف عليه لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح فعلى الاب اولى ولا يسقط مهرها
لانه لم يدخل تحت ولاية الاب وان شرط الالف عليها توقف على قبولها ان كانت من
اهل القبول فان قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط ولا يجب المال لانها ليست من
اهل الغرامة وان قبله الاب عنها ففيه روايتان وكذا اذا خالعها على مهرها
ولم يضمن المهر توقف على قبولها فان قبلت طلقت ولا يسقط المهر وان قبل الاب
عنها فعلى الروايتين وان ضمن الاب المهر وهو الف درهم طلقت لوجود قبوله
وهو الشرط ويلزمه خمسمائة استحسانا وفي القياس يلزمه الالف واصله في الكبير في
اذا اختلعت قبل الدخول على الف ومهرها الف ففي القياس عليها خمسمائة زائدة
وفي الاستحسان لا شيء عليها لانه يراد به عادة حاصل ما يلزم لها **باب
الظهار** واذا قال الرجل لامرأته انت علي كظهر امي فقد حرمت عليه لا يحل له وطؤها
ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم
الى ان قال فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا والظهار كان طلاقا في الجاهلية فقرر الشرع
اصله ونقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح وهذا لانه جناية لكونه
منكرا من القول وزورا فيناسب المجازاة عليها بالحرمة وارتفاعها بالكفارة ثم الوطء
اذا حرم حرم بدواعيه كيلا يقع فيه كما في الاحرام بخلاف الحائض والصائم لانه يكثر وجودهما
فلو حرم الدواعي يفضي الى الحرج ولا كذلك الظهار والاحرام فان وطئها قبل ان
يكفر استغفر الله ولا شيء عليه غير الكفارة الاولى ولا يعاود حتى يكفر لقوله عليه السلام
للذي واقع في ظهاره قبل الكفارة استغفر الله ولا تعد حتى تكفر ولو كان شيء
آخر واجبا لنبه عليه السلام عليه وهذا اللفظ لا يكون الا ظهارا لانه صريح فيه ولو نوى به
الطلاق لا يصح لانه منسوخ فلا يتمكن من الاتيان به واذا قال انت علي كبطن امي
او كفخذها او كفرجها فهو مظاهر لان الظهار ليس الا تشبيه المحللة بالمحرمة وهذا
المعنى يتحقق في عضو لا يجوز النظر اليه وكذا اذا شبهها بمن لا يحل له النظر اليها على
التأبيد من محارمه مثل اخته او عمته او امه من الرضاعة لانهن في التحريم المؤبد كالام
وكذلك اذا قال رأسك علي كظهر امي او فرجك او وجهك او رقبتك او نصفك او ثلثك
لانه يعبر بها عن جميع البدن ويثبت الحكم في الشائع ثم يتعدى كما بيناه في الطلاق

ولو قال أنت علي مثل أمي أو كأمي يرجع إلى نيته لينكشف حكمه فإن قال أردت الكرامة
فهو كما قال لأن التكريم بالتشبيه فاش في الكلام وإن قال أردت الظهار فهو ظهار لأنه
تشبيه بجميعها وفيه تشبيه بالعضو لكنه ليس بصريح فيفتقر إلى النية وإن قال أردت
الطلاق فهو طلاق بائن لأنه تشبيه بالأم في الحرمة فكأنه قال أنت علي حرام ونوى
الطلاق وإن لم تكن له نية فليس بشيء عند أبي حنيفة وأبي يوسف لاحتمال الحمل على الكرامة
وقال محمد يكون ظهارا لأن التشبيه بعضو منها لما كان ظهارا فالتشبيه بجميعها أولى
وإن عنى به التحريم لا غير فعند أبي يوسف هو إيلاء ليكون الثابت به أدنى الحرمتين
وعند محمد ظهار لأن كاف التشبيه تختص به ولو قال أنت علي حرام كأمي ونوى ظهارا
أو طلاقا فهو على ما نوى لأنه يحتمل الوجهين الظهار لمكان التشبيه والطلاق لمكان التحريم
والتشبيه تأكيد له وإن لم تكن له نية فعلى قول أبي يوسف إيلاء وعلى قول محمد ظهار والوجهان
بيناهما ولو قال أنت علي حرام كظهر أمي ونوى طلاقا أو إيلاء لم يكن إلا ظهارا عند أبي حنيفة
وقالا هو على ما نوى لأن التحريم يحتمل كل ذلك على ما بينا غير أن عند محمد إذا نوى الطلاق
لا يكون ظهارا وعند أبي يوسف يكونان جميعا وقد عرف في موضعه ولأبي حنيفة أنه صريح
في الظهار فلا يحتمل غيره ثم هو محكم فيرد التحريم إليه قال ولا يكون الظهار إلا من الزوجة
حتى لو ظاهر من أمته لم يكن مظاهرا لقوله تعالى الذين يظاهرون من نسائهم ولأن الحل في
الأمة تابع فلا تلحق بالمنكوحة ولأن الظهار منقول عن الطلاق ولا طلاق في المملوكة
قال فإن تزوج امرأة بغير أمرها ثم ظاهر منها ثم أجازت النكاح فالظهار باطل لأنه
صادق في التشبيه وقت التصرف فلم يكن منكرا والظهار ليس من حقوقه حتى يتوقف
بخلاف إعتاق المشتري من الغاصب لأنه من حقوق الملك ومن قال لنسائه أنتن علي
كظهر أمي كان مظاهرا منهن جميعا لأنه أضاف الظهار إليهن فصار كما إذا أضاف
الطلاق وعليه لكل واحدة كفارة لأن الحرمة تثبت في حق كل واحدة والكفارة لإنهائها
الحرمة فتتعدد بتعددها بخلاف الإيلاء منهن لأن الكفارة فيه لصيانة حرمة
الاسم ولم يتعدد ذكر الاسم

فصل في الكفارة

وكفارة الظهار عتق رقبة
فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا للنص الوارد فيه
فإنه يفيد الكفارة على هذا الترتيب قال وكل ذلك قبل المسيس وهذا في الإعتاق والصوم
ظاهر للتنصيص عليه وكذا في الإطعام لأن الكفارة فيه منهية للحرمة فلا بد من تقديمها
على الوطء ليكون الوطء حلالا ويجزي في العتق الرقبة الكافرة والمسلمة والذكر

والأنثى والصغير والكبير لأن اسم الرقبة ينطلق على هؤلاء إذ هي عبارة عن الذات
المرقوق المملوك من كل وجه والشافعي يخالفنا في الكافرة ويقول الكفارة حق
الله تعالى فلا يجوز صرفها إلى عدو الله إذ هي كالزكوة ونحن نقول المنصوص عليه
إعتاق الرقبة وقد تحقق وقصده من الإعتاق التمكين من الطاعة ثم مقارنته المعصية
يحال به إلى سوء اختياره ولا يجزي العمياء ولا المقطوعة اليدين أو الرجلين لأن
الفائت جنس المنفعة وهو البصر أو البطش أو المشي وهو المانع أما إذا اختلت المنفعة
فهو غير مانع حتى يجوز العوراء ومقطوعة إحدى اليدين وإحدى الرجلين من خلاف
لأنه ما فاتت جنس المنفعة بل اختلت بخلاف إذا كانتا مقطوعتين من جانب واحد
حيث لا يجوز لفوات جنس منفعة المشي إذ هو عليه متعذر ويجوز الأصم والقياس أن
لا يجوز وهو رواية النوادر لأن الفائت جنس المنفعة إلا أنا استحسنا الجواز لأن
أصل المنفعة باق فإنه إذا صيح عليه يسمع حتى لو كان بحال لا يسمع أصلا بأن ولد أصم
وهو الأخرس لا يجزيه ولا يجوز مقطوع إبهامي اليدين لأن قوة البطش بهما فبفواتهما
يفوت جنس المنفعة ولا يجوز المجنون الذي لا يعقل لأن الانتفاع بالجوارح لا يكون
إلا بالعقل فكان فائت المنافع والذي يجن ويفيق يجزيه لأن الاختلال غير مانع
ولا يجوز عتق المدبر وأم الولد لاستحقاقهما الحرية بجهة فكان الرق فيهما ناقصا وكذا
المكاتب الذي أدى بعض المال لأن إعتاقه يكون ببدل وعن أبي حنيفة أنه يجزيه
لقيام الرق من كل وجه ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ بخلاف أمومية الولد والتدبير
لأنهما لا يحتملان الانفساخ فإن أعتق مكاتبا لم يؤد شيئا جاز خلافا للشافعي
له أنه استحق الحرية بجهة الكتابة فأشبه المدبر ولنا أن الرق قائم من كل وجه على ما بينا
ولقوله عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم والكتابة لا تنافيه فإنها فك الحجر
بمنزلة الإذن في التجارة إلا أنه بعوض فيلزم من جانبه ولو كان مانعا ينفسخ مقتضى
الإعتاق إذ هو يحتمله إلا أنه يسلم له الأكساب والأولاد لأن العتق في حق المحل جهة
الكتابة أو لأن الفسخ ضروري لا يظهر في حق الولد والكسب قال وإذا اشترى
أباه أو ابنه ينوي بالشراء الكفارة جاز عنها وقال الشافعي لا يجوز وعلى هذا الخلاف
كفارة اليمين والمسألة تأتيك في كتاب الأيمان إن شاء الله تعالى قال وإن أعتق نصف عبد مشترك
وهو موسر وضمن قيمة باقيه لم يجز عند أبي حنيفة ويجوز عندهما لأنه يملك نصيب صاحبه
بالضمان فصار معتقا كل العبد عن الكفارة وهو ملكه بخلاف ما إذا كان المعتق معسرا

لانه وجب عليه السعاية في نصيب الشريك فيكون اعتاقا بعوض وهذا عند ابي حنيفة لان نصيب
صاحبه ينتقص على ملكه ثم يتحول اليه بالضمان ومثله يمنع عن الكفارة قال وان اعتق
نصف عبد عن كفارته ثم اعتق باقيه عنها جاز لانه اعتقه بكلامين والنقصان
تمكن على ملكه بسبب الاعتاق بجهة الكفارة ومثله غير مانع كمن اضجع شاة للاضحية
فاصاب السكين عينها بخلاف ما تقدم لان النقصان على ملك الشريك وهذا على اصل
ابي حنيفة اما عندهما الاعتاق لا يتجزى فاعتاق النصف اعتاق الكل فلا يكون
اعتاقا بكلامين قال وان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم جامع التي ظاهر منها
ثم اعتق باقيه لم يجز عند ابي حنيفة لان الاعتاق يتجزى عنده وشرط الاعتاق ان يكون
قبل المسيس بالنص واعتاق النصف حصل بعده وعندهما اعتاق النصف اعتاق
الكل فحصل الكل قبل المسيس قال واذا لم يجد المظاهر ما يعتق فكفارته صوم شهرين
متتابعين ليس فيهما شهر رمضان ولا يوم الفطر ولا يوم النحر ولا ايام التشريق اما التتابع
فلانه منصوص عليه وشهر رمضان لا يقع عن الظهار لما فيه من ابطال ما اوجبه الله تعالى
والصوم في هذه الايام منهي عنه فلا ينوب عن الواجب الكامل قال فان جامع التي
ظاهر منها في خلال الشهرين ليلا عامدا او نهارا ناسيا استانف الصوم عند ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف لا يستانف لانه لا يمنع التتابع اذ لا يفسد به الصوم وهو الشرط
وان كان تقديمه على المسيس شرطا ففيما ذهبنا اليه تقديم البعض وفيما قلتم تاخير الكل
عنه ولهما ان الشرط في الصوم ان يكون قبل المسيس وان يكون خاليا عنه ضرورة بالنص
وهذا الشرط ينعدم به فيستانف وان افطر يوما منها بعذر او بغير عذر استانف
الصوم لفوات التتابع وهو قادر عليه عادة قال وان ظاهر العبد لم يجزه في الكفارة
الا الصوم لانه لا ملك له فلم يكن من اهل التكفير بالمال وان اطعم المولى او اعتق عنه
لم يجزه لانه ليس من اهل الملك فلا يصير مالكا بتمليكه واذا لم يستطع المظاهر الصيام
اطعم ستين مسكينا لقوله تعالى فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا ويطعم كل مسكين نصف صاع
من بر او صاعا من تمر او شعير او قيمة ذلك لقوله عليه السلام في حديث اوس بن الصامت
وسهل بن صخر لكل مسكين نصف صاع من بر ولان المعتبر دفع حاجة اليوم لكل مسكين
فيعتبر بصدقة الفطر وقوله او قيمة ذلك مذهبنا وقد ذكرناه في الزكوة فان اعطى
منا من بر ومنوين من تمر او شعير جاز لحصول المقصود اذ الجنس متحد وان امر غيره
ان يطعم عنه من ظهاره ففعل اجزاه لانه استقراض معنى والفقير قابض له اولا ثم لنفسه

تمكن

صاعا م

سهيل ن

قال صاحب الهداية قدس سره قبيل باب النفقة باسطر ولهذا الحربي يصير ذميا اي بالتزوج
قال الاتقاني والاكمل رحمهما الله تعالى وقال الامام الشريعة والضمير يرجع الى التزام المقام وبيانه انه لما استدل
بقوله التزم المقام عرفا وشرعا فلقائل ان يقول هب انه التزم المقام فلماذا يصير مقيما فيجاب عنه بان
لالتزام المقام اثرا ولهذا الحربي يصير ذميا قيل هذا اختلاف الموضوع مرحلة وقال صاحب النهاية
وهذا وقع غلطا اي قوله ولهذا يصير الحربي به ذميا فانه ذكر في هذا الكتاب وفي غيره ان المستامن
اذا تزوج ذمية لا يصير ذميا لانه يمكنه ان يطلقها ويرجع وقد وجدت بخط شيخي ليس في النسخ التي هي كتب
بنسخة المصنف هذه الجملة وقال الاتقاني رحمه الله ونقل عن الامام حافظ الدين الكبير ان هذه الجملة ليست في نسخة
قوبلت مع نسخة المصنف فعلى هذا يكون السهو من الكاتب لانه قال في السير الكبير بعد هذا بحدود في رجل حربي
واذا دخلت امراة من اهل الحرب دار الاسلام بامان وهي كتابية فتزوجها ذمي او مسلم فقد صارت ذمية لان
لزوجها ان يمنعها عن العود الى دار الحرب فكان اقدامها على النكاح مع علمها ان لزوجها ان يمنعها عن العود الى دار الحرب
رضى منها بالمقام في دار الاسلام واما الحربي اذا تزوج ذمية لا يصير ذميا لان المراة ليس لها ان تمنع زوجها عن العود
الى دار الحرب انتهى وعند بعضهم لفظ الحربي بلفظ الحربية حتى لا يرد السؤال وقال بعضهم لا حاجة الى تغيير اللفظ لجواز
ان الحربي صفة لشخص اي الشخص الحربي ذكرا كان او انثى قيل هذا بعيد جدا . الهمام البركتي في شرح مختصر القدوري

[illegible]

فيتحقق تملكه ثم تمليكه فان غداهم وعشاهم جاز قليلا اكلوا او كثيرا وقال الشافعي
لا يجزيه الا التمليك اعتبارا بالزكوة وصدقة الفطر وهذا لان التمليك ادفع للحاجة
فلا ينوب منابه الاباحة ولنا ان المنصوص عليه هو الاطعام وهو حقيقة في التمكين
من الطعم وفي الاباحة ذلك كما في التمليك اما الواجب في الزكوة الايتاء وفي صدقة
الفطر الاداء وهما للتمليك حقيقة ولو كان فيمن عشاهم صبي فطيم لا يجزيه لانه لا يستوفي
كاملا ولا بد من الادام في خبز الشعير ليمكنه الاستيفاء الى الشبع وفي خبز الحنطة لا يشترط
الادام قال وان اطعم مسكينا واحدا ستين يوما اجزاه وان اعطاه في يوم واحد لم يجزه
الا عن يومه لان المقصود سد خلة المحتاج والحاجة تتجدد في كل يوم فالدفع اليه
في اليوم الثاني كالدفع الى غيره وهذا في الاباحة من غير خلاف واما التمليك من مسكين واحد
في يوم واحد بدفعات فقد قيل لا يجزيه وقيل يجزيه لان الحاجة الى التمليك تتجدد في
يوم واحد بخلاف ما اذا دفع بدفعة واحدة لان التفريق واجب بالنص قال وان قرب
التي ظاهر منها في خلال الاطعام لم يستانف لانه تعالى ما شرط في الاطعام ان يكون
قبل المسيس الا انه يمنع من المسيس قبله لانه ربما يقدر على الاعتاق او الصوم فيقعان
اذا — بعد المسيس والمنع لمعنى في غيره لا يعدم المشروعية في نفسه قال اذا اطعم عن ظهارين ستين
مسكينا كل مسكين صاعا لم يجزه الا عن واحد منهما عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد
بالاجماع — يجزيه عنهما وان اطعم ذلك عن افطار وظهار اجزاه عنهما له ان بالمؤدى وفاء بهما
والمصروف اليه محل لهما فيقع عنهما كما لو اختلف السبب او فرق في الدفع ولهما ان النية
في الجنس الواحد لغو وفي الجنسين معتبرة واذا لغت النية والمؤدى يصلح كفارة
واحدة لان نصف الصاع ادنى المقادير فيمنع النقصان دون الزيادة فيقع عنها
كما اذا نوى اصل الكفارة بخلاف ما اذا فرق في الدفع لانه في الدفعة الثانية في حكم
مسكين آخر قال ومن وجبت عليه كفارتا ظهار فاعتق رقبتين لا ينوي عن احداهما
بعينها جاز عنهما وكذا اذا صام اربعة اشهر او اطعم مائة وعشرين مسكينا جاز لان الجنس
متحد فلا حاجة الى نية معينة قال فان اعتق عنهما رقبة واحدة او صام شهرين كان له
ان يجعل ذلك عن ايهما شاء وان اعتق عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما وقال زفر
لا يجزيه عن احدهما في الفصلين وقال الشافعي له ان يجعل عن احدهما في الفصلين لان
الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود جنس واحد وجه قول زفر انه اعتق عن كل ظهار
نصف العبد وليس له ان يجعل عن احدهما بعدما اعتق عنهما لخروج الامر من يده ولنا ان نية

التعيين في الجنس المتحد غير مفيد فلغى وفي الجنس المختلف مفيد واختلاف الجنس في الحكم
وهو الكفارة هنا باختلاف السبب نظير الاول اذا صام يومين في قضاء رمضان
عن يومين يجزيه عن قضاء يوم واحد ونظير الثاني اذا كان عليه صوم القضاء والنذر
فانه يحتاج الى التعيين

باب اللعان

قال واذا قذف الرجل امرأته بالزنى
وهما من اهل الشهادة والمرأة ممن يحد قاذفها او نفى نسب ولدها وطالبته
بموجب القذف فعليه اللعان والاصل ان اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالايمان
مقرونة باللعن والغضب قائمة مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنى في حقها
لقوله تعالى ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم والاستثناء انما يكون من الجنس وقال
فشهادة احدهم اربع شهادات بالله نص على الشهادة واليمين فقلنا الركن هو
الشهادة المؤكدة باليمين ثم قرن الركن في جانبه باللعن لو كان كاذبا وهو قائم
مقام حد القذف وفي جانبها بالغضب وهو قائم مقام حد الزنى اذا ثبت هذا
فنقول لا بد ان يكونا من اهل الشهادة لان الركن فيه الشهادة ولا بد ان تكون هي
ممن يحد قاذفها لانه قائم في حقه مقام حد القذف فلا بد من احصانها ويجب
بنفي الولد لانه لما نفى ولدها صار قاذفا لها ظاهرا ولا يعتبر احتمال ان يكون
الولد من غيره بالوطء عن شبهة كما اذا نفى اجنبي نسبه عن ابيه المعروف وهذا
لان الاصل في النسب الصحيح والفاسد ملحق به فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر الفراش
الملحق به ويشترط طلبها لانه حقها فلا بد من طلبها كسائر الحقوق فان امتنع منه
حبسه الحاكم حتى يلاعن او يكذب نفسه لانه حق مستحق عليه وهو قادر على ايفائه
فيحبس به حتى يأتي بما هو عليه او يكذب نفسه فيرتفع السبب فلو لاعن وجب
عليها اللعان لما تلونا من النص الا انه يبتدأ بالزوج لانه هو المدعي فان امتنعت
حبسها الحاكم حتى تلاعن او تصدقه لانه حق مستحق عليها وهي قادرة على ايفائه
فتحبس فيه واذا كان الزوج عبدا او كافرا او محدودا في قذف فقذف امرأته فيحد
فعليه الحد لانه تعذر اللعان لمعنى من جهته فيصار الى الموجب الاصلي وهو الثابت
بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية واللعان خلف عنه وان كان هو من اهل
الشهادة وهي امة او كافرة او محدودة في قذف او كانت ممن لا يحد قاذفها
بان كانت صبية او مجنونة او زانية فلا حد عليه ولا لعان لانعدام اهلية الشهادة
وعدم الاحصان في جانبها وامتناع اللعان لمعنى من جهتها فيسقط الحد كما اذا صدقته

والاصل

والاصل في ذلك قوله عليه السلام اربعة لا لعان بينهم وبين ازواجهم اليهودية والنصرانية
تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك ولو كانا محدودين في قذف فعليه الحد
لان امتناع اللعان بمعنى من جهته اذ هو ليس من اهله قال وصفة اللعان ان يبتدئ
القاضي بالزوج فيشهد اربع مرات يقول في كل مرة اشهد بالله اني لمن الصادقين
فيما رميتها به من الزنى ويقول في الخامسة لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما
رماها به من الزنى يشير اليها في جميع ذلك ثم تشهد المرأة اربع مرات تقول في كل مرة
اشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنى وتقول في الخامسة غضب الله
عليها ان كان من الصادقين فيما رماني به من الزنى والاصل فيه ما تلوناه من النص
وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يأتي بلفظة المواجهة يقول فيما رميتك به من الزنى
لانه اقطع للاحتمال وجه ما ذكر في الكتاب ان لفظة المغايبة اذا انضمت اليها
الاشارة انقطع الاحتمال قال فاذا التعنا لا تقع الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما وقال
زفر تقع بتلاعنهما لانه تثبت الحرمة المؤبدة بالحديث ولنا ان ثبوت الحرمة يفوت
الامساك بالمعروف فيلزمه التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه دفعا
للظلم دل عليه قول ذلك الملاعن عند النبي عليه السلام كذبت عليها يا رسول الله ان
امسكتها هي طالق ثلاثا قاله بعد اللعان وتكون الفرقة تطليقة بائنة عند ابي حنيفة ومحمد
لان فعل القاضي انتسب اليه كما في العنين وهو خاطب اذا اكذب نفسه عندهما وقال
ابو يوسف هو تحريم مؤبد لقوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان ابدا نص على التأبيد ولهما
ان الاكذاب رجوع والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها ولا يجتمعان ما داما متلاعنين
ولم يبق التلاعن ولا حكمه بعد الاكذاب فيجتمعان قال ولو كان القذف بولد نفى القاضي
نسبه والحقه بامه وصورة اللعان ان يأمر الحاكم الرجل فيقول اشهد بالله
اني لمن الصادقين فيما رميتك به من نفي الولد وكذا في جانب المرأة ولو قذفها
بالزنى ونفي الولد ذكر في اللعان الامرين ثم ينفي القاضي نسب الولد ويلحقه بامه
لما روي ان النبي عليه السلام نفى ولد امرأة هلال بن امية عن هلال والحقه بها ولان
المقصود من هذا اللعان نفي الولد فيوفر عليه مقصوده ويتضمنه القضاء بالتفريق
وعن ابي يوسف ان القاضي يفرق ويقول قد الزمته امه واخرجته من نسب الاب
لانه ينفك عنه فلا بد من ذكره فان عاد الزوج واكذب نفسه حده القاضي لا
بوجوب الحد عليه وحل له ان يتزوجها وهذا عندهما لانه لما حد لم يبق اهلا للعان

قوله هي طالق ثلاثا وفي بعض النسخ فهي طالق
ولفظ الحديث كذبت عليها
يا رسول الله ان امسكتها وطلقها
ثلاثا قبل ان يأمره النبي صلى الله
عليه وسلم
اكمل

قوارع

فارتفع بحكمه المنوط به وهو التحريم وكذا إذا كان قذف غيرها فحد به لما بينا وكذا إذا زنت
فحدت لانتفاء أهلية اللعان من جانبها وإذا قذف امرأته وهي صغيرة أو مجنونة
فلا لعان بينهما لأنه لا يحد قاذفها لو كان أجنبيا فكذا لا يلاعن الزوج لقيامه
مقامه وكذا إذا كان الزوج صبيا أو مجنونا لعدم أهلية الشهادة وقذف الأخرس
لا يتعلق به اللعان لأنه يتعلق بالصريح كحد القذف وفيه خلاف الشافعي وهذا لأنه
لا يعرى عن الشبهة والحدود تندرئ بالشبهات وإذا قال الزوج ليس حملك مني فلا
لعان وهذا قول أبي حنيفة وزفر لأنه لا يتيقن بقيام الحمل فلم يصر قاذفا وقال أبو يوسف
ومحمد اللعان يجب بنفي الحمل إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر وهو معنى ما ذكر في الأصل
لأنا تيقنا بقيام الحمل عنده فيتحقق القذف قلنا إذا لم يكن قذفا في الحال يصير كالمعلق
بالشرط كأنه قال إن كان بك حمل فليس مني والقذف لا يصح تعليقه بالشرط وإن قال لها
زنيت وهذا الحمل من الزنا تلاعنا لوجود القذف حيث ذكر الزنا صريحا ولم ينف
القاضي الحمل وقال الشافعي ينفيه لأنه عليه السلام نفى الولد عن هلال وقد قذفها حاملا
ولنا أن الأحكام لا تترتب عليه إلا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبله والحديث محمول
على أنه عليه السلام عرف قيام الحبل بطريق الوحي وإذا نفى الرجل ولد امرأته عقيب الولادة
أو في الحالة التي تقبل التهنئة وتبتاع آلة الولادة صح نفيه ولاعن به وإن نفاه
بعد ذلك لاعن وثبت النسب وقال أبو يوسف ومحمد يصح نفيه في مدة النفاس لأن النفي
يصح في مدة قصيرة ولا يصح في مدة طويلة ففصلنا بينهما بمدة النفاس لأنه أثر الولادة
وله أنه لا معنى للتقدير لأن الزمان للتأمل وأحوال الناس فيه مختلفة فاعتبرنا
ما يدل عليه وهو قبوله التهنئة أو سكوته عند التهنئة أو ابتياعه متاع الولادة
أو مضي ذلك الوقت وهو ممتنع عن النفي ولو كان غائبا ولم يعلم بالولادة ثم قدم
تعتبر المدة التي ذكرناها على الأصلين قال وإذا ولدت ولدين في بطن واحد
فنفى الأول واعترف بالثاني ثبت نسبهما لأنهما توأمان خلقا من ماء واحد
وحد الزوج لأنه أكذب نفسه بدعوى الثاني وإن اعترف بالأول ونفى الثاني
ثبت نسبهما لما ذكرنا ولاعن لأنه قاذف بنفي الثاني ولم يرجع عنه والإقرار
بالعفة سابق على القذف فصار كما إذا قال إنها عفيفة ثم قال هي زانية وفي ذلك
التلاعن كذا هذا

باب العنين وغيره

وإذا كان الزوج عنينا أجله
الحاكم سنة فإن وصل إليها وإلا فرق بينهما إذا طلبت المرأة ذلك هكذا روي عن

عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم ولأن الحق ثابت لها في الوطء ويحتمل أن يكون
الامتناع لعلة معترضة ويحتمل أن يكون لآفة أصلية فلا بد من مدة معرفة
لذلك فقدرناها بالسنة لاشتمالها على الفصول الأربعة فإذا مضت
ولم يصل إليها تبين أن العجز بآفة أصلية ففات الإمساك بالمعروف ووجب
التسريح بالإحسان فإذا امتنع ناب القاضي منابه ففرق بينهما ولا بد من طلبها
لأن التفريق حقها وتلك الفرقة تطليقة بائنة لأن فعل القاضي أضيف إلى
الزوج فكأنه طلقها بنفسه وقال الشافعي هو فسخ لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا
وإنما تقع بائنة لأن المقصود وهو دفع الظلم عنها لا يحصل إلا بها لأنها لو لم تكن
بائنة تعود معلقة بالمراجعة ولها كمال المهر إن كان خلا بها فإن خلوة العنين
صحيحة وتجب العدة لما بينا من قبل هذا إذا أقر الزوج أنه لم يصل إليها ولو اختلف
الزوج والمرأة في الوصول إليها فإن كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه لأنه ينكر
استحقاق حق الفرقة والأصل هو السلامة في الجبلة ثم إن حلف بطل حقها
وإن نكل يؤجل سنة وإن كانت بكرا نظر إليها النساء فإن قلن هي بكر أجل سنة
لظهور كذبه وإن قلن هي ثيب يحلف الزوج فإن حلف لا حق لها وإن نكل يؤجل
سنة وإن كان مجبوبا فرق بينهما في الحال إن طلبت لأنه لا فائدة في التأجيل والخصي
يؤجل كما يؤجل العنين لأن وطئه مرجو وإذا أجل العنين سنة وقال قد جامعتها
وأنكرت نظر إليها النساء فإن قلن هي بكر خيرت لأن شهادتهن تأيدت بمؤيد
وهي البكارة وإن قلن هي ثيب حلف الزوج فإن نكل خيرت لتأيدها بالنكول
وإن حلف لا تخير وإن كانت ثيبا في الأصل فالقول قوله مع يمينه وقد ذكرناه
فإن اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار لأنها رضيت ببطلان حقها وفي
التأجيل تعتبر السنة القمرية هو الصحيح ويحتسب بأيام الحيض وشهر رمضان لوجود
ذلك في السنة ولا يحتسب بمرضه ومرضها لأن السنة قد تخلو عنه وإن كان بالزوجة
عيب فلا خيار للزوج وقال الشافعي ترد بالعيوب الخمسة وهي الجذام والبرص و
الجنون والرتق والقرن لأنها تمنع الاستيفاء حسا أو طبعا والطبع مؤيد
بالشرع قال عليه السلام فر من المجذوم فرارك من الأسد ولنا أن فوت الاستيفاء
أصلا بالموت لا يوجب الفسخ فاختلاله بهذه العيوب أولى وهذا لأن الاستيفاء
من الثمرات والمستحق هو التمكن وهو حاصل وإذا كان بالزوج جنون أو برص أو جذام

فلا خيار لها عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لها الخيار دفعا للضرر عنها كما في الجب
والعنة بخلاف جانبه لأنه متمكن من دفع الضرر بالطلاق ولهما أن الأصل عدم الخيار لما فيه
من إبطال حق الزوج وإنما يثبت في الجب والعنة لأنهما يخلان بالمقصود المشروع
له النكاح وهذه العيوب غير مخلة به فافترقا **باب العدة** وإذا طلق الرجل امرأته
طلاقا بائنا أو رجعيا أو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق وهي حرة ممن تحيض فعدتها
ثلاثة أقراء لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء والفرقة إذا كانت بغير طلاق
فهي في معنى الطلاق لأن العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم في الفرقة الطارية على
النكاح وهذا يتحقق فيها والأقراء الحيض عندنا وقال الشافعي الأطهار واللفظ حقيقة
فيهما إذ هو من الأضداد كذا قاله ابن السكيت ولا ينتظمهما جملة للاشتراك والحمل على الحيض
أولى إما عملا بلفظ الجمع لأنه لو حمل على الأطهار والطلاق يوقع في طهر لم يبق جمعا
أو لأنه معرف لبراءة الرحم وهو المقصود أو لقوله عليه السلام وعدة الأمة حيضتان فيلتحق
بيانا به وإن كانت لا تحيض من صغر أو كبر فعدتها ثلاثة أشهر لقوله تعالى واللائي يئسن
من المحيض من نسائكم الآية وكذا التي بلغت بالسن ولم تحض بآخر الآية وإن كانت حاملا
فعدتها أن تضع حملها لقوله تعالى وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن وإن كانت أمة
فعدتها حيضتان لقوله عليه السلام طلاق الأمة ثنتان وعدتها حيضتان ولأن الرق منصف
والحيضة لا تتجزى فكملت فصارت حيضتين وإليه أشار عمر رضي الله تعالى عنه بقوله لو استطعت
لجعلتها حيضة ونصفا وإن كانت لا تحيض فعدتها شهر ونصف لأنه متجزئ فأمكن تنصيفه
عملا بالرق وعدة الحرة في الوفاة أربعة أشهر وعشر لقوله تعالى ويذرون أزواجا يتربصن
بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا وعدة الأمة شهران وخمسة أيام لأن الرق منصف وإن كانت
حاملا فعدتها أن تضع حملها لإطلاق قوله تعالى وأولات الأحمال الآية وقال عبد الله بن مسعود رضي الله عنه
من شاء باهلته أن سورة النساء القصرى نزلت بعد التي في سورة البقرة وقال عمر رضي الله عنه
لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها أن تتزوج وإذا ورثت المطلقة
في المرض فعدتها أبعد الأجلين وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف ثلاث حيض
ومعناه إذا كان الطلاق بائنا أو ثلاثا أما إذا كان رجعيا فعدتها عدة الوفاة بالإجماع
لأبي يوسف أن النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق ولزمها ثلاث حيض وإنما تجب عدة
الوفاة إذا زال النكاح بالوفاة إلا أنه بقي في حق الإرث لا في حق تغيير العدة بخلاف
الرجعي لأن النكاح باق من كل وجه ولهما أنه لما بقي في حق الإرث يجعل باقيا في حق

العدة احتياطا فيجمع بينهما ولو قتل على ردته حتى ورثته امرأته فعدتها على هذا الاختلاف
وقيل عدتها بالحيض بالإجماع لأن النكاح ما اعتبر باقيا إلى وقت الموت في حق الإرث
لأن المسلم لا يرث الكافر فإن أعتقت الأمة في عدتها من طلاق رجعي انتقلت عدتها
إلى عدة الحرائر لقيام النكاح من كل وجه وإن أعتقت وهي مبتوتة أو متوفى عنها زوجها
لم تنتقل عدتها لزوال النكاح بالبينونة والموت وإن كانت آيسة فاعتدت بالشهور
ثم رأت الدم انتقض ما مضى من عدتها وعليها أن تستأنف العدة بالحيض ومعناه
إذا رأت الدم على العادة لأن عودها يبطل الإياس هو الصحيح فظهر أنه لم يكن خلفا
وهذا لأن شرط الخلفية تحقق اليأس وذلك باستدامة العجز إلى الممات كالفدية
في حق الشيخ الفاني ولو حاضت حيضتين ثم أيست تعتد بالشهور تحرزا عن الجمع
بين البدل والمبدل والمنكوحة نكاحا فاسدا والموطوءة بشبهة عدتها الحيض في
الفرقة والموت لأنها للتعرف عن براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح والحيض هو المعرف
وإذا مات مولى أم الولد عنها أو أعتقها فعدتها ثلاث حيض وقال الشافعي حيضة
واحدة لأنها تجب بزوال ملك اليمين فشابهت الاستبراء ولنا أنها وجبت بزوال
الفراش فأشبه عدة النكاح ثم إمامنا فيه عمر رضي الله عنه فإنه قال عدة أم الولد
ثلاث حيض ولو كانت ممن لا تحيض فعدتها ثلاثة أشهر كما في النكاح وإذا مات الصغير عن
امرأته وبها حبل فعدتها أن تضع حملها وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف
عدتها أربعة أشهر وعشر وهو قول الشافعي لأن الحمل ليس بثابت النسب منه فصار كالحادث
بعد الموت ولهما إطلاق قوله تعالى وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ولأنها
مقدرة بمدة وضع الحمل في أولات الأحمال قصرت المدة أو طالت لا للتعرف عن براءة
الرحم لشرعها بالأشهر مع وجود الأقراء لكن لقضاء حق النكاح وهذا المعنى يتحقق
في الصبي وإن لم يكن الحمل منه بخلاف الحمل الحادث لأنه وجبت العدة بالشهور فلا
يتغير بحدوث الحمل وفيما نحن فيه كما وجبت وجبت مقدرة بمدة الحمل فافترقا ولا يلزم
امرأة الكبير إذا حدث بها الحمل بعد الموت لأن النسب يثبت منه فكان كالقائم عند الموت
حكما قال ولا يثبت نسب الولد في الوجهين لأن الصبي لا ماء له فلا يتصور منه العلوق
والنكاح يقوم مقامه في موضع التصور وإذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض لم تعتد
بالحيضة التي وقع فيها الطلاق لأن العدة مقدرة بثلاث حيض كوامل فلا ينقص عنها
وإذا وطئت المعتدة بشبهة فعليها عدة أخرى وتداخلت العدتان ويكون ما تراه

المراة من الحيض محتسبا به منهما جميعا فاذا انقضت العدة الاولى ولم تكمل الثانية فعليها
تمام العدة الثانية وهذا عندنا وقال الشافعي لا تتداخلان لان المقصود هو العبادة
فانه عبادة كف عن التزوج والخروج فلا تتداخلان كالصومين في يوم واحد ولنا
ان المقصود التعرف عن فراغ الرحم وقد حصل بالواحدة فتتداخلان ومعنى العبادة تابع
الا ترى انها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف والمعتدة عن وفاة اذا وطئت بشبهة
تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فيها تحقيقا للتداخل بقدر الامكان
وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق وفي الوفاة عقيب الوفاة حتى مضت
مدة العدة فقد انقضت عدتها لان سبب وجوب العدة الطلاق او الوفاة فيعتبر
ابتداؤها من وقت وجود السبب ومشايخنا رحمهم الله يفتون في الطلاق ان
ابتداءها من وقت الاقرار نفيا لتهمة المواضعة والعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق
او عزم الواطي على ترك وطئها وقال زفر من اخر الوطآت لان الوطي هو السبب الموجب
ولنا ان كل وطي وجد في العقد الفاسد يجري مجرى الوطأة الواحدة لاستناد
الكل الى حكم عقد واحد ولهذا يكتفى في الكل بمهر واحد فقبل المتاركة او العزم
لا تثبت العدة مع جواز وجود غيره ولان التمكن على وجه الشبهة اقيم مقام حقيقة الوطي
لخفائه ومساس الحاجة الى معرفة الحكم في حق غيره واذا قالت المعتدة انقضت عدتي
وكذبها الزوج كان القول قولها مع اليمين لانها امينة في ذلك وقد اتهمت بالكذب
فتحلف كالمودع واذا طلق الرجل امراته طلاقا بائنا ثم تزوجها في عدتها وطلقها قبل
الدخول بها فعليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد لها نصف المهر وعليها تمام العدة الاولى لان هذا طلاق قبل المسيس فلا
يوجب كمال المهر ولا استيناف العدة واكمال العدة الاولى انما وجب بالطلاق الاول
الا انه لم يظهر حال التزوج الثاني فاذا ارتفع بالطلاق الثاني ظهر حكمه كما لو اشترى
ام ولده ثم اعتقها ولهما انها مقبوضة في يده حقيقة بالوطأة الاولى وبقي اثره
وهو العدة فاذا جدد النكاح وهي مقبوضة ناب ذلك القبض عن القبض المستحق
في هذا النكاح كالغاصب يشتري المغصوب الذي في يده يصير قابضا بمجرد العقد
فوضح بهذا انه طلاق بعد الدخول وقال زفر لا عدة عليها اصلا لان الاولى
قد سقطت بالتزوج فلا تعود والثانية لم تجب وجوابه ما قلنا قال واذا طلق
الذمي الذمية فلا عدة عليها وكذا اذا خرجت الحربية الينا مسلمة فان تزوجت جاز

فان لم تعلم بالطلاق او الوفاة

الا ان تكون حاملا وهذا كله قول ابي حنيفة وقالا عليها وعلى الذمية العدة
اما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم وقد بيناه في
النكاح وقول ابي حنيفة فيما اذا كان معتقدهم انه لا عدة واما المهاجرة فوجه
قولهما ان الفرقة لو وقعت بسبب اخر وجبت العدة فكذا بسبب التباين بخلاف ما
اذا هاجر الرجل وتركها لعدم التبليغ وله قوله تعالى ولا جناح عليكم ان تنكحوهن و
لان العدة حيث وجبت كان فيها حق بني ادم والحربي ملحق بالجماد حتى كان محلا
للتملك الا ان تكون حاملا لان في بطنها ولدا ثابت النسب وعن ابي حنيفة انه يجوز
نكاحها ولا يطؤها كالحبلى من الزنا والاول اصح **فصل** وعلى المبتوتة والمتوفى
عنها زوجها اذا كانت بالغة مسلمة الاحداد اما المتوفى عنها زوجها فلقوله عليه السلام
لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الاخر ان تحد على ميت فوق ثلثة ايام الا على زوجها
اربعة اشهر وعشرا واما المبتوتة فمذهبنا وقال الشافعي لا حداد عليها لانه وجب
اظهارا للتاسف على فوت زوج وفى بعهدها الى مماته وقد اوحشها بالابانة
فلا تاسف بفوته ولنا ما روي ان النبي صلى الله تعالى عليه وسلم نهى المعتدة ان تختضب
بالحناء وقال الحناء طيب ولانه يجب اظهارا للتاسف على فوت نعمة النكاح
الذي هو سبب لصونها وكفاية مؤنها والابانة اقطع لها من الموت حتى كان لها ان تغسله
ميتا قبل الابانة لا بعدها والحداد ويقال الاحداد وهما لغتان ان تترك الطيب و
الزينة والكحل والدهن المطيب وغير المطيب الا من عذر وفي الجامع الصغير الا
من وجع والمعنى فيه وجهان احدهما ما ذكرناه من اظهار التاسف والثاني ان هذه
الاشياء دواعي الرغبة فيها وهي ممنوعة من النكاح فتجتنبها كيلا تصير ذريعة الى
الوقوع في المحرم وقد صح ان النبي عليه السلام لم ياذن للمعتدة في الاكتحال والدهن لا
يعرى عن نوع طيب وفيه زينة الشعر ولهذا يمنع المحرم عنه قال الا من عذر لان فيه
ضرورة والمراد الدواء لا الزينة ولو اعتادت الدهن فخافت وجعا فان كان
ذلك امرا ظاهرا يباح لها لان الغالب كالواقع وكذا لبس الحرير اذا احتاجت
اليه لعذر لا باس به ولا تختضب بالحناء لما روينا ولا تلبس ثوبا مصبوغا بعصفر و
لا زعفران لانه يفوح منه رائحة الطيب قال ولا حداد على كافرة لانها غير مخاطبة
بحقوق الشرع ولا على صغيرة لان الخطاب موضوع عنها وعلى الامة الاحداد لانها
مخاطبة بحقوق الله تعالى فيما ليس فيه ابطال حق المولى بخلاف المنع من الخروج

الحداد

احداد

لانه يجب ابطال حقه وحق العبد مقدم لحاجته قال وليس في عدة ام الولد ولا في عدة
النكاح الفاسد احداد لانها ما فاتتها نعمة النكاح لتظهر التاسف والاباحة اصل
ولا ينبغي ان تخطب المعتدة ولا باس بالتعريض في الخطبة لقوله تعالى ولا جناح عليكم
فيما عرضتم به من خطبة النساء الى ان قال ولكن لا تواعدوهن سرا الا ان تقولوا
قولا معروفا وقال عليه السلام السر النكاح وقال ابن عباس رضي الله عنهما التعريض
ان يقول اني اريد ان اتزوج وعن سعيد بن جبير في القول المعروف اني فيك لراغب
واني اريد ان نجتمع ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة الخروج من بيتها ليلا ولا
نهارا والمتوفى عنها زوجها تخرج نهارا وبعض الليل ولا تبيت في غير منزلها اما
المطلقة فلقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان ياتين بفاحشة مبينة
قيل الفاحشة نفس الخروج وقيل الزنا ويخرجن لاقامة الحد واما المتوفى عنها زوجها
فلانه لا نفقة لها فتحتاج الى الخروج نهارا لطلب المعاش وقد يمتد الى ان يهجم الليل
ولا كذلك المطلقة لان النفقة دارة عليها من مال زوجها حتى لو اختلعت على نفقة
عدتها قيل انها تخرج نهارا وقيل لا تخرج لانها اسقطت حقها فلا يبطل به حق عليها
وعلى المعتدة ان تعتد في المنزل الذي يضاف اليها بالسكنى حال وقوع الفرقة والموت
لقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن والبيت المضاف اليها هو الذي تسكنه ولهذا
لو زارت اهلها وطلقها زوجها كان عليها ان تعود الى منزلها فتعتد فيه وقال
عليه السلام للتي قتل زوجها اسكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب اجله وان كان نصيبها
من دار الميت لا يكفيها واخرجها الورثة من نصيبهم انتقلت لان هذا انتقال بعذر
والعبادات تؤثر فيها الاعذار فصار كما اذا خافت على متاعها او خافت سقوط
المنزل او كانت فيها باجر ولا تجد ما تؤديه ثم ان وقعت الفرقة بطلاق باين
او بموت لا بد من سترة بينهما ثم لا باس به لانه معترف بالحرمة الا ان يكون فاسقا يخاف
عليها منه فحينئذ تخرج لانه عذر ولا تخرج عما انتقلت اليه والاولى ان يخرج هو و
يتركها وان جعلا بينهما امراة ثقة تقدر على الحيلولة فحسن وان ضاق عليها المنزل
فلتخرج والاولى خروجه قال واذا خرجت المراة مع زوجها الى مكة فطلقها ثلاثا
او مات عنها فان كان بينها وبين مصرها اقل من ثلثة ايام رجعت الى مصرها لانه
ليس بابتداء الخروج معنى بل هو بناء وان كانت ثلثة ايام ان شاءت رجعت وان شاءت
مضت كان معها ولي او لم يكن معناه اذا كان الى المقصد ثلثة ايام ايضا لان

المكث في ذلك المكان اخوف عليها من الخروج الا ان الرجوع اولى ليكون الاعتداد
في منزل الزوج قال الا ان يكون طلقها او مات عنها في مصر فانها لا تخرج حتى تعتد
ثم تخرج ان كان لها محرم وهذا عند ابي حنيفة وقالا ان كان معها محرم فلا باس
بان تخرج من المصر قبل ان تعتد لهما ان نفس الخروج مباح دفعا لاذى الغربة و
وحشة الوحدة فهذا عذر وانما الحرمة للسفر وقد ارتفعت بالمحرم وله ان العدة
امنع من الخروج من عدم المحرم فان للمراة ان تخرج الى ما دون السفر بغير محرم وليس
للمعتدة ذلك فلما حرم عليها الخروج الى السفر بغير المحرم ففي العدة اولى والله اعلم

باب ثبوت النسب

ومن قال ان تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها
فولدت ولدا لستة اشهر من يوم تزوجها فهو ابنه وعليه المهر اما النسب فلانها فراشه
لانها لما جاءت بالولد لستة اشهر من وقت النكاح فقد جاءت به لاقل منها من
وقت الطلاق وكان العلوق قبله في حال النكاح والتصور ثابت بان تزوجها
وهو يخالطها فوافق الانزال النكاح والنسب يحتاط في اثباته واما المهر فلانه
لما ثبت النسب منه جعل واطئا حكما فتاكد المهر به ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية
اذا جاءت به لسنتين او اكثر ما لم تقر بانقضاء العدة لاحتمال العلوق في حالة العدة
لجواز انها تكون ممتدة الطهر فان جاءت به لاقل من سنتين بانت من زوجها بانقضاء
العدة وثبت نسبه لوجود العلوق في النكاح او في العدة ولا يصير مراجعا لانه
يحتمل العلوق قبل الطلاق ويحتمل بعده فلا يصير مراجعا بالشك وان جاءت به لاكثر
من سنتين كانت رجعة لان العلوق بعد الطلاق والظاهر انه منه لانتفاء الزنا
منها فيصير بالوطي مراجعا والمبتوتة يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لاقل من سنتين
لانه يحتمل ان يكون الولد قائما وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش فيثبت النسب
احتياطا فان جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت لان الحمل حادث بعد الطلاق
فلا يكون منه لان وطيها حرام قال الا ان يدعيه لانه التزمه وله فيه وجه بان
وطئها بشبهة في العدة فان كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة
اشهر لم يلزمه حتى تاتي به لاقل من تسعة اشهر عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
يثبت النسب منه الى سنتين لانها معتدة يحتمل ان تكون حاملا ولم تقر بانقضاء العدة
فاشبهت الكبيرة ولهما ان لانقضاء عدتها جهة متعينة وهو الاشهر فبمضيها يحكم الشرع
بالانقضاء وهو في الدلالة فوق اقرارها لانه لا يحتمل الخلاف والاقرار يحتمله

عدتها خ

قبل العلوق

ق

وان كانت مطلقة طلاقا رجعيا فكذلك الجواب عندهما وعنده يثبت الى سبعة وعشرين
شهرا لانه يجعل واطئا في اخر العدة وهي الثلاثة الاشهر ثم تاتي به لاكثر مدة الحمل
وهو سنتان وان كانت الصغيرة ادعت الحبل في العدة فالجواب فيها وفي الكبيرة سواء
لان باقرارها يحكم ببلوغها ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها ما بين الوفاة
وبين السنتين وقال زفر اذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لستة اشهر
لا يثبت النسب لان الشرع حكم بانقضاء عدتها بالشهور لتعين الجهة فصار كما اذا
اقرت بالانقضاء كما بينا في الصغيرة الا انا نقول لانقضاء عدتها جهة اخرى وهي
وضع الحمل بخلاف الصغيرة لان الاصل فيها عدم الحمل لانه يستحيل قبل البلوغ وفيه
شك واذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها ثم جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر ثبت نسبه
لانه ظهر كذبها بيقين فبطل الاقرار وان جاءت به لستة اشهر لم يثبت لانا لم نعلم
ببطلان الاقرار لاحتمال الحدوث بعده وهذا اللفظ باطلاقه يتناول كل معتدة
واذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه عند ابي حنيفة الا ان يشهد بولادتها رجلان
او رجل وامراتان الا ان يكون هناك حبل ظاهر او اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب
بغير شهادة وقال ابو يوسف ومحمد يثبت في الجميع بشهادة امراة واحدة لان الفراش
قائم بقيام العدة وهو ملزم للنسب والحاجة الى تعيين الولد فيتعين بشهادتها كما في
حال قيام النكاح ولابي حنيفة ان العدة تنقضي باقرارها بوضع الحمل والمنقضي ليس بحجة
فمست الحاجة الى اثبات النسب ابتداء فيشترط كمال الحجة بخلاف ما اذا كان ظهر الحبل
او صدر الاعتراف لان النسب ثابت قبل الولادة والتعيين يثبت بشهادتها فان كانت
معتدة عن وفاة فصدقها الورثة في الولادة ولم يشهد على الولادة احد فهو ابنه
في قولهم جميعا وهذا في حق الارث ظاهر لانه خالص حقهم فيقبل تصديقهم واما في
حق النسب هل يثبت في حق غيرهم قالوا اذا كانوا من اهل الشهادة يثبت لقيام الحجة
ولهذا قيل تشترط لفظة الشهادة وقيل لا تشترط لان الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت
في حقهم باقرارهم وما ثبت تبعا لا يراعى فيه الشرائط واذا تزوج الرجل امراة
فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه لان العلوق سابق
على النكاح فلا يكون منه وان جاءت به لستة اشهر فصاعدا يثبت نسبه منه اعترف به
الزوج او سكت لان الفراش قائم والمدة تامة فان جحد الولادة يثبت بشهادة
امراة واحدة تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج يلاعن لان النسب يثبت بالفراش

القائم

القائم واللعان انما يجب بالقذف وليس من ضرورته وجود الولد فانه يصح بدونه
فان ولدت ثم اختلفا فقال الزوج تزوجتك منذ اربعة اشهر وقالت هي منذ ستة
اشهر فالقول قولها لان الظاهر شاهد لها فانها تلد ظاهرا من نكاح لا من سفاح
ولم يذكر الاستحلاف وهو على الاختلاف وان قال لامراته اذا ولدت فانت
طالق فشهدت امراة على الولادة لم تطلق عند ابي حنيفة وقالا تطلق لان شهادتها
حجة في ذلك قال عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه
ولانها لما قبلت على الولادة تقبل فيما يبتنى عليها وهو الطلاق ولابي حنيفة انها
ادعت الحنث فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لان شهادتهن ضرورية في الولادة
فلا تظهر في حق الطلاق لانه ينفك عنها وان كان الزوج قد اقر بالحبل طلقت
من غير شهادة عند ابي حنيفة وعندهما تشترط شهادة القابلة لانه لا بد من حجة
لدعواها الحنث وشهادتها حجة فيه على ما بينا وله ان الاقرار بالحبل اقرار بما يفضي
اليه وهو الولادة ولانه اقر بكونها مؤتمنة فيقبل قولها في رد الامانة قال
واكثر مدة الحمل سنتان لقول عائشة رضي الله عنها الولد لا يبقى في البطن اكثر
من سنتين ولو بظل مغزل واقله ستة اشهر لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا
ثم قال وفصاله في عامين فبقي للحمل ستة اشهر والشافعي رحمه الله يقدر الاكثر باربع
سنين والحجة عليه ما رويناه والظاهر انها قالته سماعا اذ العقل لا يهتدي اليه ومن
تزوج امة فطلقها ثم اشتراها فان جاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم اشتراها
لزمه والا لم يلزمه لانه في الوجه الاول ولد المعتدة فان العلوق سابق على الشراء
وفي الوجه الثاني ولد المملوكة لانه يضاف الحادث الى اقرب وقته فلا بد من دعوة
وهذا اذا كان الطلاق واحدا بائنا او خلعا او رجعيا اما اذا كان اثنتين يثبت النسب
الى سنتين من وقت الطلاق لانها حرمت عليه حرمة غليظة فلا يضاف العلوق الا الى
ما قبله لانها لا تحل بالشراء ومن قال لامته ان كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت على الولادة
امراة فهي ام ولده لان الحاجة الى تعيين الولد ويثبت ذلك بشهادة القابلة بالاجماع
ومن قال لغلام هو ابني ثم مات فجاءت ام الغلام وقالت انا امراته فهي امراته وهو ابنه
يرثانه وفي النوادر جعل هذا جواب الاستحسان والقياس ان لا يكون لها الميراث
لان النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح يثبت بالنكاح الفاسد وبالوطء عن شبهة وبملك اليمين
فلم يكن قوله اقرارا بالنكاح وجه الاستحسان ان المسالة فيما اذا كانت معروفة بالحرية

ويكون لزم الغلام والنكاح الصحيح هو المتعين لذلك وضعا وعادة ولو لم يعلم أنها حرة
فقالت الورثة أنت أم الولد فلا ميراث لها لأن ظهور الحرية باعتبار الدار حجة في دفع
الرق لا في استحقاق الإرث **باب الولد من أحق به** وإذا وقعت الفرقة بين الزوجين
فالأم أحق بالولد لما روي أن امرأة قالت يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له
وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم أبوه أنه ينزعه فقال عليه السلام
أنت أحق به ما لم تتزوجي ولأن الأم أشفق عليه وأقدر على الحضانة فكان الدفع
إليها أنظر وإليه أشار الصديق رضي الله عنه ريقها خير له من شهد وعسل عندك
يا عمر قاله حين وقعت الفرقة بينه وبين امرأته والصحابة حاضرون متوافرون
والنفقة على الأب لما نذكر ولا تجبر الأم عليه لأنها عست تعجز عن الحضانة فإن لم
تكن له أم فأم الأم أولى وإن بعدت لأن هذه الولاية تستفاد من قبل الأمهات فإن لم
تكن فأم الأب أولى من الأخوات لأنها من الأمهات ولهذا تحرز ميراثهن السدس
ولأنها أوفر شفقة للولد فإن لم تكن جدة فالأخوات أولى من العمات والخالات
لأنهن بنات الأبوين ولهذا قدمن في الميراث وفي رواية الخالة أولى من الأخت لأب
لقوله عليه السلام الخالة والدة وقيل في قوله تعالى ورفع على العرش إنها كانت خالته
وتقدم الأخت لأب وأم لأنها أشفق ثم الأخت من الأم ثم الأخت من الأب لأن الحق
من قبل الأم ثم الخالات أولى من العمات ترجيحا لقرابة الأم وينزلن كما نزلنا الأخوات
معناه ترجيح ذات قرابتين ثم قرابة الأم ثم العمات ينزلن كذلك وكل من تزوجت
من هؤلاء سقط حقها لما روينا ولأن زوج الأم إذا كان أجنبيا يعطيه نزرا وينظر
إليه شزرا فلا نظر قال إلا الجدة إذا كان زوجها الجد لأنه قام مقام أبيه فينظر له
وكذا كل زوج هو ذو رحم محرم منه لقيام الشفقة نظرا إلى القرابة القريبة ومن
سقط حقها بالتزوج يعود إذا ارتفعت الزوجية لأن المانع قد زال فإن لم تكن للصبي
امرأة من أهله فاختصم فيه الرجال فأولاهم أقربهم تعصيبا لأن الولاية للأقرب
وقد عرف الترتيب في موضعه غير أن الصغيرة لا تدفع إلى عصبة غير محرم كمولى العتاقة
وابن العم تحرزا عن الفتنة والأم والجدة أحق بالغلام حتى يأكل وحده ويشرب وحده
ويلبس وحده ويستنجي وحده وفي الجامع الصغير حتى يستغني فيأكل وحده ويشرب وحده
ويلبس وحده والمعنى واحد لأن تمام الاستغناء بالقدرة على الاستنجاء ووجهه أنه
إذا استغنى يحتاج إلى التأدب والتخلق بآداب الرجال وأخلاقهم والأب أقدر على التأديب

والتثقيف والخصاف قدر الاستغناء بسبع سنين اعتبارا للغالب والأم والجدة أحق
بالجارية حتى تحيض لأن بعد الاستغناء تحتاج إلى معرفة آداب النساء والمرأة على ذلك
أقدر وبعد البلوغ تحتاج إلى التحصين والحفظ والأب فيه أقوى وأهدى وعن محمد
أنها تدفع إلى الأب إذا بلغت حد الشهوة لتحقق الحاجة إلى الصيانة ومن سوى الأم
والجدة أحق بالجارية حتى تبلغ حدا تشتهى وفي الجامع الصغير حتى تستغني لأنها لا تقدر
على استخدامها ولهذا لا تؤاجرها للخدمة فلا يحصل المقصود بخلاف الأم والجدة
لقدرتهما عليه شرعا قال والأمة إذا أعتقها مولاها وأم الولد إذا أعتقت كالحرة
في حق الولد لأنهما حرتان أوان ثبوت الحق وليس لهما قبل العتق حق في الولد لعجزهما
عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى والذمية أحق بولدها المسلم ما لم يعقل الأديان
أو يخاف أن يألف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده ولا خيار للغلام والجارية
وقال الشافعي لهما الخيار لأن النبي عليه السلام خير ولنا أنه لقصور عقله يختار من
عنده الدعة لتخليته بينه وبين اللعب فلا يتحقق النظر وقد صح أن الصحابة رضي الله
عنهم لم يخيروا وأما الحديث فقد قال عليه السلام اللهم اهده فوفق لاختيار الأنظر بدعائه
صلى الله عليه وسلم ويحمل على ما إذا كان بالغا **فصل** وإذا أرادت المطلقة أن
تخرج بولدها من المصر فليس لها ذلك لما فيه من الإضرار بالأب إلا أن تخرج به إلى وطنها
وقد كان الزوج تزوجها فيه لأنه التزم المقام فيه عرفا وشرعا قال عليه السلام من
تأهل ببلدة فهو منهم ولهذا يصير الحربي به ذميا وإن أرادت الخروج إلى مصر غير وطنها
وقد كان التزوج فيه أشار في الكتاب إلى أنه ليس لها ذلك وهذا رواية كتاب الطلاق
وذكر في الجامع الصغير أن لها ذلك لأن العقد متى وجد في مكان يوجب أحكامه فيه
كما يوجب البيع التسليم في مكانه ومن جملة ذلك حق إمساك الأولاد وجه الأول أن التزوج
في دار الغربة ليس التزاما للمكث فيه عرفا وهذا أصح والحاصل أنه لا بد من الأمرين جميعا
الوطن ووجود النكاح وهذا كله إذا كان بين المصرين تفاوت أما إذا تقاربا
بحيث يمكن للوالد أن يطالع ولده ويبيت في بيته فلا بأس به وكذا الجواب في القريتين
ولو انتقلت من قرية المصر إلى المصر لا بأس به لأن فيه نظرا للصغير حيث يتخلق بأخلاق
أهل المصر وليس فيه ضرر بالأب وفي عكسه ضرر بالصغير لتخلقه بأخلاق أهل السواد
فليس لها ذلك **باب النفقة** النفقة واجبة للزوجة على زوجها مسلمة كانت
أو كافرة إذا سلمت نفسها إلى منزله فعليه نفقتها وكسوتها وسكناها والأصل في ذلك

لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقوله تعالى لينفق ذو سعة
من سعته وقوله عليه السلام في حجة الوداع ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف
ولأن النفقة جزاء الاحتباس وكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته
عليه اصله القاضي والعامل في الصدقات وهذه الدلائل لا فصل فيها فتستوي
فيها المسلمة والكافرة ويعتبر في ذلك حالهما جميعا قال رضي الله عنه وهذا اختيار الخصاف
وعليه الفتوى وتفسيره انهما ان كانا موسرين تجب نفقة اليسار وان كانا معسرين
فنفقة الاعسار وان كانت معسرة والزوج موسرا فنفقتها دون نفقة الموسرات
وفوق نفقة المعسرات وقال الكرخي يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي لقوله تعالى
لينفق ذو سعة من سعته وجه الاول قوله عليه السلام لهند امرأة ابي سفيان خذي من
مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف اعتبر حالها وهو الفقه فان النفقة تجب
بطريق الكفاية والفقيرة لا تفتقر الى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة ونحن نقول
بموجب النص انه يخاطب بقدر وسعه والباقي دين في ذمته ومعنى قوله بالمعروف
الوسط وهو الواجب وبه يتبين انه لا معنى للتقدير كما ذهب اليه الشافعي انه على الموسر
مدان وعلى المعسر مد وعلى المتوسط مد ونصف لأن ما وجب كفاية لا يتقدر شرعا
في نفسه قال وان امتنعت من تسليم نفسها حتى يعطيها مهرها فلها النفقة لأنه منع
بحق فكان فوت الاحتباس لمعنى من قبله فيجعل كلا فائت وان نشزت فلا نفقة
لها حتى تعود الى منزله لأن فوت الاحتباس منها واذا عادت جاء الاحتباس فتجب
النفقة بخلاف ما اذا امتنعت من التمكين في بيت الزوج لأن الاحتباس قائم والزوج
يقدر على الوطء كرها وان كانت صغيرة لا يستمتع بها فلا نفقة لها لأن امتناع الاستمتاع
لمعنى فيها والاحتباس الموجب ما يكون وسيلة الى مقصود مستحق بالنكاح ولم يوجد
بخلاف المريضة على ما نبين وقال الشافعي لها النفقة لأنها عوض عن الملك عنده كما في
المملوكة بملك اليمين ولنا ان المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد
فلها المهر دون النفقة وان كان الزوج صغيرا لا يقدر على الوطء وهي كبيرة فلها
النفقة من ماله لأن التسليم تحقق منها وانما العجز من قبله فصار كالمجبوب والعنين واذا
حبست المرأة في دين فلا نفقة لها لأن فوت الاحتباس منها بالمماطلة وان لم يكن
منها بأن كانت عاجزة فليس منه وكذا اذا غصبها رجل كرها فذهب بها وعن ابي يوسف
ان لها النفقة والفتوى على الاول لأن فوت الاحتباس ليس منه ليجعل باقيا تقديرا

وكذا اذا حجت مع محرم لأن فوت الاحتباس منها وعن ابي يوسف ان لها النفقة
لأن اقامة الفرض عذر ولكن تجب عليه نفقة الحضر دون السفر لأنها هي المستحقة عليه
ولو سافر معها الزوج تجب النفقة بالاتفاق لأن الاحتباس قائم لقيامه عليها
وتجب نفقة الحضر دون السفر ولا يجب الكراء لما قلنا وان مرضت في منزل الزوج
فلها النفقة والقياس ان لا نفقة لها اذا كان مرضا يمنع من الجماع لفوت الاحتباس
للاستمتاع وجه الاستحسان ان الاحتباس قائم فانه يستأنس بها ويمسها وتحفظ البيت
والمانع بعارض فأشبه الحيض وعن ابي يوسف انها اذا سلمت نفسها ثم مرضت تجب النفقة
لتحقق التسليم ولو مرضت ثم سلمت لا تجب لأن التسليم لم يصح قالوا هذا حسن وفي لفظ
الكتاب ما يشير اليه قال ويفرض على الزوج النفقة اذا كان موسرا ونفقة خادمها
والمراد بهذا بيان نفقة الخادم ولهذا ذكر في بعض النسخ وتفرض على الزوج اذا كان
موسرا نفقة خادمها ووجهه ان كفايتها واجبة عليه وهذا من تمامها اذ لا بد
لها منه قال ولا تفرض لأكثر من خادم واحد وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
تفرض لخادمين لأنها تحتاج الى احدهما لمصالح الداخل والى الآخر لمصالح الخارج
ولهما ان الواحد يقوم بالأمرين فلا ضرورة الى اثنين ولأنه لو تولى كفايتها
بنفسه كان كافيا فكذا اذا اقام الواحد مقام نفسه وقالوا ان الزوج الموسر
يلزمه من نفقة الخادم ما يلزم المعسر من نفقة امرأته وهو ادنى الكفاية وقوله
في الكتاب اذا كان موسرا اشارة الى انه لا تجب نفقة الخادم عند اعساره وهو
رواية الحسن عن ابي حنيفة وهو الاصح خلافا لما قاله محمد لأن الواجب على المعسر
ادنى الكفاية وهي قد تكتفي بخدمة نفسها ومن اعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما
ويقال لها استديني عليه وقال الشافعي يفرق لأنه عجز عن الامساك بالمعروف فينوب
القاضي منابه في التفريق كما في الجب والعنة بل أولى لأن الحاجة الى النفقة اقوى
ولنا ان حقه يبطل وحقها يتأخر والاول اقوى في الضرر وهذا لأن النفقة
تصير دينا بفرض القاضي فتستوفى في الزمان الثاني وفوت المال وهو تابع في النكاح
لا يلحق بما هو المقصود وهو التناسل وفائدة الامر بالاستدانة مع الفرض ان يمكنها
احالة الغريم على الزوج فاما اذا كانت الاستدانة بغير امر القاضي كانت المطالبة عليها
دون الزوج واذا قضى القاضي لها بنفقة الاعسار ثم ايسر فخاصمته تمم لها نفقة
الموسر لأن النفقة تختلف باختلاف اليسار والاعسار وما قضى به تقدير لنفقة

لم تجب فاذا تبدل حاله لها المطالبة بتمام حقها واذا مضت مدة لم ينفق الزوج عليها
وطالبته بذلك فلا شيء لها الا ان يكون القاضي فرض لها النفقة او صالحت الزوج
على مقدارها فيقضى لها بنفقة ما مضى لان النفقة صلة وليست بعوض عندنا
على ما مر من قبل فلا يستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء كالهبة لا توجب الملك الا بمؤكد
وهو القبض والصلح بمنزلة القضاء لان ولايته على نفسه اقوى من ولاية القاضي بخلاف
المهر لانه عوض وان مات الزوج بعد ما قضي عليه بالنفقة ومضت شهور سقطت
النفقة وكذا اذا ماتت الزوجة لان النفقة صلة والصلات تسقط بالموت كالهبة
تبطل بالموت قبل القبض وقال الشافعي تصير دينا قبل القضاء ولا تسقط بالموت
لانه عوض عنده فصار كسائر الديون وجوابه قد بيناه وان اسلفها نفقة السنة
ثم مات لم يسترجع منها شيء وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يحتسب لها نفقة
ما مضى وما بقي للزوج وهو قول الشافعي وعلى هذا الخلاف الكسوة لانها استعجلت عوضا
عما تستحقه بالاحتباس وقد بطل الاستحقاق بالموت فيبطل العوض بقدره ولهما انه صلة
وقد اتصل به القبض ولا رجوع في الصلات بعد الموت لانتهاء حكمها كما في الهبة ولهذا
لو هلكت من غير استهلاك لا يسترد شيء منها بالاجماع وعن محمد انها اذا قبضت
نفقة الشهر او ما دونه لا يسترجع منها لانه يسير فصار في حكم الحال واذا تزوج
العبد حرة فنفقتها دين عليه يباع فيها ومعناه اذا تزوج باذن مولاه لانه دين وجب
في ذمته لوجود سببه وقد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته كدين التجارة
في العبد التاجر وله ان يفديه لان حقها في النفقة لا في عين الرقبة فلو مات
العبد سقطت وكذا اذا قتل في الصحيح لانه صلة وان تزوج الحر امة فبوأها
مولاها منزلا فعليه النفقة لانه تحقق الاحتباس وان لم يبوئها فلا نفقة لها
لعدم الاحتباس والتبوئة ان يخلي بينها وبينه في منزله ولا يستخدمها ولو استخدمها
بعد التبوئة سقطت النفقة لانه فات الاحتباس والتبوئة غير لازمة على ما مر
في النكاح ولو خدمته الجارية احيانا من غير ان يستخدمها لا تسقط النفقة لانه
لم يستخدمها ليكون استردادا والمدبرة وام الولد في هذا كالامة

فصل

وعلى الزوج ان يسكنها في دار مفردة ليس فيها احد من اهله الا ان تختار ذلك
لان السكنى من كفايتها فتجب لها كالنفقة وقد اوجبه الله تعالى مقرونا بالنفقة
واذا وجب حقا لها ليس له ان يشرك غيرها فيه لانها تتضرر به فانها لا تأمن على متاعها

كرزق القاضي وعطاء المقاتلة م

ويمنعها ذلك من المعاشرة مع زوجها ومن الاستمتاع الا ان تختار ذلك لانها رضيت
بانتقاص حقها وان كان له ولد من غيرها فليس له ان يسكنه معها لما بينا ولو اسكنها
في بيت من الدار مفرد وله غلق كفاها لان المقصود قد حصل وله ان يمنع والديها
وولدها من غيره واهلها الدخول عليها لان المنزل ملكه فله حق المنع من دخول ملكه
ولا يمنعهم من النظر اليها وكلامها في اي وقت اختاروا لما فيه من قطيعة الرحم وليس له
في ذلك ضرر وقيل لا يمنعهم من الدخول والكلام وانما يمنعهم من القرار لان الفتنة في
اللباث وتطويل الكلام وقيل لا يمنعها من الخروج الى الوالدين ولا يمنعهما من الدخول
عليها في كل جمعة وفي غيرهما من المحارم التقدير بسنة وهو الصحيح واذا غاب
الرجل وله مال في يد رجل يعترف به وبالزوجية فرض القاضي في ذلك المال
نفقة زوجة الغائب واولاده الصغار ووالديه وكذا اذا علم القاضي بذلك
ولم يعترف به لانه لما اقر بالوديعة والزوجية فقد اقر ان حق الاخذ لها لان
لها ان تاخذ من مال زوجها حقها من غير رضاه واقرار صاحب اليد مقبول
في حق نفسه لا سيما هاهنا فانه لو انكر احد الامرين لا تقبل بينة المرأة فيه لان المودع
ليس بخصم في اثبات الزوجية عليه ولا المرأة خصم في اثبات حقوق الغائب واذا
ثبت في حقه تعدى الى الغائب وكذا اذا كان المال في يده مضاربة وكذا الجواب
في الدين وهذا كله اذا كان المال من جنس حقها دراهم او دنانير او طعاما او كسوة
من جنس حقها اما اذا كان من خلاف جنسه لا يفرض القاضي فيه النفقة لانه يحتاج
الى البيع ولا يباع مال الغائب اما عند ابي حنيفة فلانه لا يباع على الحاضر فكذا على الغائب
واما عندهما فلانه ان كان يقضي على الحاضر لانه يعرف امتناعه لا يقضي على الغائب
لانه لا يعرف امتناعه قال وياخذ منها كفيلا بها نظرا للغائب لانها ربما استوفت النفقة
او طلقها الزوج وانقضت عدتها فرق بين هذا وبين الميراث اذا قسم بين ورثة حضور
بالبينة ولم يقولوا لا نعلم له وارثا آخر حيث لا يؤخذ منهم الكفيل عند ابي حنيفة لان هناك
المكفول له مجهول وهاهنا معلوم وهو الزوج ويحلفها بالله ما اعطاها النفقة نظرا
للغائب قال ولا يقضي بنفقة في مال الغائب الا لهؤلاء ووجه الفرق ان نفقة
هؤلاء واجبة قبل القضاء ولهذا كان لهم ان ياخذوا فكان قضاء القاضي اعانة
لهم اما غيرهم من المحارم فنفقتهم انما تجب بالقضاء لانه مجتهد فيه والقضاء على الغائب
لا يجوز ولو لم يعلم القاضي بذلك ولم يكن مقرا به فاقامت البينة على الزوجية او لم يخلف مالا

حقها م

بالوثيقة م

بها م

هناك

فأقامت البينة ليفرض القاضي نفقتها على الغائب ويأمرها بالاستدانة لا يقضي القاضي بذلك لأن في ذلك قضاء على الغائب وقال زفر يقضي لأن فيه نظرا لها ولا ضرر فيه على الغائب فإنه لو حضر وصدقها فقد أخذت حقها وإن جحد يحلف فإن نكل فقد صدق وإن أقامت بينة فقد ثبت حقها وإن عجزت يضمن الكفيل أو المرأة وعمل القضاة اليوم على هذا أنه يقضي بالنفقة على الغائب لحاجة الناس وهو مجتهد فيه وفي المسألة أقاويل مرجوع عنها فلم نذكرها

فصل وإذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعيا كان أو بائنا وقال الشافعي لا نفقة للمبتوتة إلا إذا كانت حاملا أما الرجعي فلأن النكاح بعد قائم لا سيما عندنا فإنه يحل له أن يجامعها وأما البائن فوجه قوله ما روي عن فاطمة بنت قيس قالت طلقني زوجي ثلاثا فلم يفرض لي رسول الله صلى الله عليه وسلم سكنى ولا نفقة ولأنه لا ملك وهي مرتبة على الملك ولهذا لا تجب للمتوفى عنها زوجها لانعدامه بخلاف ما إذا كانت حاملا لأنا عرفناه بالنص وهو قوله تعالى وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن ولنا أن النفقة جزاء الاحتباس على ما ذكرنا والاحتباس قائم في حق حكم مقصود بالنكاح وهو الولد إذ العدة واجبة لصيانة الولد فتجب النفقة ولهذا كان لها السكنى بالإجماع فصار كما إذا كانت حاملا وحديث فاطمة رده عمر رضي الله عنه فإنه قال لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امرأة لا ندري صدقت أم كذبت حفظت أم نسيت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى ما دامت في العدة ورده أيضا زيد بن ثابت وأسامة بن زيد وجابر وعائشة رضي الله تعالى عنهم ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها لأن احتباسها ليس لحق الزوج بل لحق الشرع فإن التربص عبادة منها ألا ترى أن معنى التعرف عن براءة الرحم ليس بمراعى فيه حتى لا يشترط فيها الحيض فلا تجب نفقتها عليه ولأن النفقة تجب شيئا فشيئا ولا ملك له بعد الموت فلا يمكن إيجابها في ملك الورثة وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن زوجها فلا نفقة لها لأنها صارت حابسة نفسها بغير حق فصارت كما إذا كانت ناشزة بخلاف المهر بعد الدخول لأنه وجد التسليم في حق المهر بالوطء وبخلاف ما إذا جاءت الفرقة من قبلها بغير معصية كخيار العتق وخيار البلوغ والتفريق لعدم الكفاءة لأنها حبست نفسها بحق وذلك لا يسقط النفقة كما إذا حبست نفسها لاستيفاء المهر وإن طلقها ثلاثا ثم ارتدت سقطت نفقتها وإن مكنت ابن زوجها من نفسها فلها النفقة معناه مكنت بعد الطلاق لأن الفرقة ثبتت بالطلاق الثلاث ولا عمل فيها للردة والتمكين إلا أن المرتدة تحبس حتى تتوب ولا نفقة للمحبوسة والممكنة لا تحبس فلهذا يقع الفرق

فصل ونفقة الأولاد الصغار على الأب لا يشاركه فيها أحد كما لا يشاركه في نفقة الزوجة لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن والمولود له هو الأب وإن كان الصغير رضيعا فليس على أمه أن ترضعه لما بينا أن الكفاية على الأب وأجرة الرضاع كالنفقة ولأنها عساها لا تقدر عليه لعذر بها فلا معنى للجبر عليه وقيل في تأويل قوله تعالى لا تضار والدة بولدها بإلزامها الإرضاع مع كراهتها وهذا الذي ذكرنا بيان الحكم وذلك إذا كان يوجد من ترضعه أما إذا كان لا يوجد من ترضعه تجبر على الإرضاع صيانة للصبي عن الضياع قال ويستأجر الأب من ترضعه عندها أما استئجار الأب فلأن الأجر عليه وقوله عندها معناه إذا أرادت ذلك لأن الحجر لها وإن استأجرها وهي زوجته أو معتدته لترضع ولدها لم يجز لأن الإرضاع مستحق عليها ديانة قال الله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن إلا أنها عذرت لاحتمال عجزها فإذا أقدمت عليه بالأجر ظهرت قدرتها فكان الفعل واجبا عليها فلا يجوز أخذ الأجر عليه وهذا في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة لأن النكاح قائم وكذا في المبتوتة في رواية وفي رواية أخرى جاز استئجارها لأن النكاح قد زال وجه الأول أنه باق في حق بعض الأحكام ولو استأجرها وهي منكوحته أو معتدته لإرضاع ابن له من غيرها جاز لأنه غير مستحق عليها وإن انقضت عدتها فاستأجرها يعني لإرضاع ولدها جاز لأن النكاح قد زال بالكلية وصارت كالأجنبية قال فإن قال الأب لا أستأجرها وجاء بغيرها فرضيت الأم بمثل أجر الأجنبية أو رضيت بغير أجر كانت هي أحق به لأنها أشفق فكان نظرا للصبي في الدفع إليها وإن التمست زيادة لم يجبر الزوج عليها دفعا للضرر عنه وإليه الإشارة في قوله تعالى لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده أي بإلزامه لها أكثر من أجرة الأجنبية ونفقة الصغير واجبة على أبيه وإن خالفه في دينه كما تجب نفقة الزوجة على الزوج وإن خالفته في دينه أما الولد فلإطلاق ما تلونا ولأنه جزؤه فيكون في معنى نفسه وأما الزوجة فلأن السبب هو العقد الصحيح فإنه بإزاء الاحتباس الثابت به وقد صح العقد بين المسلم والكافرة وترتب عليه الاحتباس فوجبت النفقة وفي جميع ما ذكرنا إنما تجب النفقة على الأب إذا لم يكن للصغير مال أما إذا كان فالأصل أن نفقة الإنسان في مال نفسه صغيرا كان أو كبيرا

فصل وعلى الرجل أن ينفق على أبويه وأجداده وجداته إذا كانوا فقراء

الدين م

وان خالفوه في دينه اما الابوان فلقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا نزلت في الابوين
الكافرين وليس من المعروف ان يعيش في نعم الله تعالى ويتركهما يموتان جوعا واما الاجداد
والجدات فلانهم من الاباء والامهات ولهذا يقوم الجد مقام الاب عند عدمه ولانهم
تسببوا لاحيائه فاستوجبوا عليه الاحياء بمنزلة الابوين وشرط الفقر لانه لو كان
ذا مال فايجاب نفقته في ماله اولى من ايجابها في مال غيره ولا يمتنع ذلك باختلاف
الدين لما تلونا ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين الا للزوجة والابوين والاجداد
والجدات والولد وولد الولد اما الزوجة فلما ذكرنا انها واجبة لها بالعقد لاحتباسها
بحق له مقصود وهذا لا يتعلق باتحاد الملة واما غيرها فلان الجزئية ثابتة وجزء
المرء في معنى نفسه فكما لا يمتنع نفقة نفسه بكفره لا يمتنع نفقة جزئه الا انهم اذا كانوا حربيين
لا تجب نفقتهم على المسلم وان كانوا مستأمنين لانا نهينا عن البر في حق من يقاتلنا في الدين
ولا تجب على النصراني نفقة اخيه المسلم وكذا لا تجب على المسلم نفقة اخيه النصراني لان النفقة
متعلقة بالارث بالنص بخلاف العتق عند الملك لانه متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث ولان
القرابة موجبة للصلة ومع الاتفاق في الدين آكد ودوام ملك اليمين اعلى في القطيعة
من حرمان النفقة فاعتبرنا في الاعلى اصل العلة وفي الادنى العلة المؤكدة فلهذا افترقا
ولا يشارك الولد في نفقة ابويه احد لان لهما تاويلا في مال الولد بالنص ولا تاويل
لهما في مال غيره ولانه اقرب الناس اليهما فكان اولى باستحقاق نفقتهما عليه وهي على الذكور
والاناث بالسوية في ظاهر الرواية وهو الصحيح لان المعنى يشملهما والنفقة لكل ذي رحم
محرم اذا كان صغيرا فقيرا او كانت امرأة بالغة فقيرة او كان ذكرا فقيرا زمنا او اعمى
لان الصلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة والفاصل ان يكون ذا رحم محرم وقد قال الله
تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وفي قراءة ابن مسعود رضي الله عنه وعلى الوارث ذي الرحم المحرم
مثل ذلك ثم لا بد من الحاجة والصغر والانوثة والزمانة والعمى امارة الحاجة لتحقق العجز
فان القادر على الكسب غني بكسبه بخلاف الابوين لانه يلحقهما تعب الكسب والولد مأمور بدفع
الضرر عنهما فتجب نفقتهما مع قدرتهما على الكسب قال ويجب ذلك على مقدار الميراث ويجبر
عليه لان التنصيص على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار ولان الغرم بالغنم والجبر لايفاء
حق مستحق قال وتجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن على ابويه اثلاثا على الاب الثلثان
وعلى الام الثلث لان الميراث لهما على هذا المقدار قال هذا الذي ذكره رواية الخصاف
والحسن وفي ظاهر الرواية كل النفقة على الاب لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن وصار

كالولد

ولاية م

كالولد الصغير ووجه الفرق على الرواية الاولى انه اجتمعت للاب في الصغير ولاية ومؤنة
حتى وجبت عليه صدقة فطره فاختص بنفقته ولا كذلك الكبير لانعدام الولاية فيه
فتشاركه الام وفي غير الوالد يعتبر قدر الميراث حتى تكون نفقة الصغير على الام
والجد اثلاثا ونفقة الاخ المعسر على الاخوات المتفرقات الموسرات اخماسا على قدر الميراث
غير ان المعتبر اهلية الارث لا احرازه فان المعسر اذا كان له خال وابن عم يكون
نفقته على خاله وميراثه يحوزه ابن عمه ولا تجب نفقتهم مع اختلاف الدين لبطلان اهلية
الارث ولا بد من اعتباره ولا تجب على الفقير لانها تجب صلة وهو يستحقها على غيره
فكيف تستحق عليه بخلاف نفقة الزوجة وولده الصغير لانه التزمها بالاقدام على العقد
اذ المصالح لا تنتظم دونها ولا يعمل في مثلها الاعسار ثم اليسار مقدر بالنصاب فيما روي
عن ابي يوسف وعن محمد انه قدره بما يفضل على نفقة نفسه وعياله شهرا او بما يفضل
على ذلك من كسبه الدائم كل يوم لان المعتبر في حقوق العباد انما هو القدرة دون النصاب
فانه للتيسير والفتوى على الاول لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة واذا كان للابن الغائب
مال قضي فيه بنفقة ابويه وقد بينا الوجه فيه واذا باع ابوه متاعه في نفقته جاز عند
ابي حنيفة وهذا استحسان وان باع العقار لم يجز وفي قولهما لا يجوز ذلك كله وهو
القياس لانه لا ولاية له لانقطاعها بالبلوغ ولهذا لا يملك حال حضرته ولا يملك البيع
في دين له سوى النفقة وكذا لا تملك الام في النفقة ولابي حنيفة ان للاب
ولاية الحفظ في مال الغائب الا ترى ان للوصي ذلك فالاب اولى لوفور شفقته
وبيع المنقول من باب الحفظ ولا كذلك العقار لانها محصنة بنفسها وبخلاف غير الاب
من الاقارب لانه لا ولاية لهم اصلا في التصرف حالة الصغر ولا في الحفظ بعد الكبر
واذا جاز بيع الاب فالثمن من جنس حقه وهو النفقة فله الاستيفاء منه كما لو باع
العقار والمنقول على الصغير جاز لكمال الولاية ثم له ان يأخذ منه بنفقته لانه
جنس حقه وان كان للابن الغائب مال في يد ابويه فانفقا منه لم يضمنا لانهما استوفيا
حقهما لان نفقتهما واجبة قبل القضاء على ما مر وقد اخذا جنس الحق وان كان له
مال في يد اجنبي فانفق عليهما بغير اذن القاضي ضمن لانه تصرف في مال الغير بغير ولاية
لانه نائب في الحفظ لا غير بخلاف ما اذا امره القاضي لان امره ملزم لعموم ولايته
واذا ضمن لا يرجع على القابض لانه ملكه بالضمان فظهر انه كان متبرعا فيه واذا
قضى القاضي للولد والوالدين وذوي الارحام بالنفقة فمضت مدة سقطت لان

يحرزه

فالاب خ

نفقة ولا تجب كفاية للحاجة حتى لا تجب مع اليسار وقد حصلت بمضي المدة بخلاف نفقة
الزوجة إذا قضى بها القاضي لأنها تجب مع يسارها فلا تسقط بحصول الاستغناء
فيما مضى قال إلا أن يأذن القاضي في الاستدانة عليه لأن القاضي له ولاية عامة فصار
إذنه كأمر الغائب فتصير دينا في ذمته فلا تسقط بمضي المدة

فصل

وعلى المولى أن ينفق على عبده وأمته لقوله عليه السلام في المماليك إنهم إخوانكم جعلهم الله تحت أيديكم أطعموهم
مما تأكلون وألبسوهم مما تلبسون ولا تعذبوا عباد الله فإن امتنع وكان لهما كسب اكتسبا
وأنفقا لأن فيه نظر الجانبين حتى يبقى المملوك حيا ويبقى فيه ملك المالك وإن لم يكن
لهما كسب بأن كان عبدا زمنا أو جارية لا يؤاجر مثلها أجبر المولى على بيعهما لأنهما من أهل
الاستحقاق وفي البيع إيفاء حقهما وإبقاء حق المولى بالخلف بخلاف نفقة الزوجة لأنها تصير
دينا فكان تأخيرا على ما ذكرنا ونفقة المملوك لا تصير دينا فكان إبطالا وبخلاف
سائر الحيوانات لأنها ليست من أهل الاستحقاق فلا يجبر على نفقتها إلا أنه يؤمر به فيما بينه
وبين الله تعالى لأن النبي صلى الله تعالى عليه وسلم نهى عن تعذيب الحيوان وفيه ذلك ونهى
عن إضاعة المال وفيه إضاعته وعن أبي يوسف أنه يجبر والأصح ما قلنا والله أعلم

كتاب العتاق

الإعتاق تصرف مندوب إليه قال عليه السلام أيما مسلم
أعتق مؤمنا أعتق الله تعالى بكل عضو منه عضوا منه من النار ولهذا استحبوا أن يعتق الرجل
العبد والمرأة الأمة ليتحقق مقابلة الأعضاء بالأعضاء قال العتق يصح من الحر البالغ العاقل
في ملكه شرط الحرية لأن العتق لا يصح إلا في الملك ولا ملك للمملوك والبلوغ لأن الصبي ليس من
أهله لكونه ضررا ظاهرا ولهذا لا يملكه الولي عليه والعقل لأن المجنون ليس بأهل للتصرف ولهذا
لو قال البالغ أعتقت وأنا صبي فالقول قوله وكذا إذا قال المعتق أعتقت وأنا مجنون و
جنونه كان ظاهرا لوجود الإسناد إلى حالة منافية وكذا لو قال الصبي كل مملوك أملكه
فهو حر إذا احتلمت لا يصح لأنه ليس بأهل لقول ملزم ولا بد أن يكون العبد في ملكه حتى لو
أعتق عبد غيره لا ينفذ لقوله عليه السلام لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم وإذا قال لعبده أو أمته
أنت حر أو معتق أو عتيق أو محرر أو قد حررتك أو قد أعتقتك فقد عتق نوى به العتق أو لم ينو
لأن هذه الألفاظ صريح فيه لأنها مستعملة فيه شرعا وعرفا فأغنى ذلك عن النية والوضع
وإن كان للإخبار فقد جعل إنشاء في التصرفات الشرعية للحاجة كما في الطلاق والبيع وغيرهما
ولو قال عنيت به الإخبار الباطل أو أنه حر من العمل صدق ديانة لأنه يحتمله ولا يدين
في القضاء لأنه خلاف الظاهر ولو قال له يا حر يا عتيق يعتق لأنه نداء بما هو صريح

فيه وهو لاستحضار المنادى بالوصف المذكور وهذا هو حقيقته فيقتضي تحقق الوصف فيه
وأنه يثبت من جهته فيقضى بثبوته تصديقا له كما سنقرر إن شاء الله تعالى إلا إذا سماه حرا ثم
ناداه يا حر لأن مراده الإعلام باسم علمه وهو ما لقبه به ولو ناداه بالفارسية يا آزاد
وقد لقبه بالحر قالوا يعتق وكذا عكسه لأنه ليس بنداء باسم علمه فيعتبر إخبارا عن الوصف
وكذلك لو قال رأسك حر أو وجهك أو رقبتك أو بدنك أو قال لأمته فرجك حر لأن هذه
الألفاظ يعبر بها عن جميع البدن وقد مر في الطلاق وإن أضافه إلى جزء شائع يقع في ذلك
الجزء وسيأتيك الاختلاف فيه إن شاء الله تعالى وإن أضافه إلى جزء معين لا يعبر به عن الجملة
كاليد والرجل لا يقع عندنا خلافا للشافعي والكلام فيه كالكلام في الطلاق وقد بيناه
ولو قال لا ملك لي عليك ونوى به العتق عتق وإن لم ينو لم يعتق لأنه يحتمل أنه أراد به لا ملك لي
عليك لأني بعتك ويحتمل لأني أعتقتك فلا يتعين أحدهما مرادا إلا بالنية قال وكذا كنايات
العتق وذلك مثل قوله خرجت من ملكي ولا سبيل لي عليك ولا رق لي عليك وقد خليت سبيلك لأنه
يحتمل نفي السبيل والخروج عن الملك وتخلية السبيل بالبيع أو الكتابة كما يحتمل بالعتق فلا بد
من النية وكذا قوله لأمته قد أطلقتك لأنه بمنزلة قوله قد خليت سبيلك هو المروي عن أبي
يوسف بخلاف قوله قد طلقتك على ما نبين ولو قال لا سلطان لي عليك ونوى به العتق لم يعتق لأن
السلطان عبارة عن اليد وسمي السلطان به لقيام يده وقد يبقى الملك دون اليد كما في المكاتب
بخلاف قوله لا سبيل لي عليك لأن نفيه مطلقا بانتفاء الملك لأن للمولى على المكاتب سبيلا
فلهذا يحتمل العتق ولو قال هذا ابني وثبت على ذلك عتق ومعنى المسألة إذا كان يولد مثله لمثله
فإن كان لا يولد مثله لمثله ذكره بعد هذا ثم إن لم يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبه منه لأن
ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج إلى النسب فيثبت منه وإذا ثبت عتق لأنه يستند
النسب إلى وقت العلوق وإن كان له نسب معروف لا يثبت نسبه منه للتعذر ويعتق إعمالا
للفظ في مجازه عند تعذر إعماله بحقيقته ووجه المجاز نذكره ولو قال هذا مولاي أو يا مولاي
عتق أما الأول فلأن اسم المولى وإن كان ينتظم الناصر وابن العم والموالاة في الدين
والأعلى والأسفل في العتاقة إلا أنه تعين الأسفل فصار كاسم خاص له وهذا لأن المولى
لا يستنصر بمملوكه عادة وللعبد نسب معروف فانتفى الأول والثاني والثالث نوع مجاز
والكلام لحقيقته والإضافة إلى العبد تنافي كونه معتقا فتعين المولى الأسفل فالتحق
بالصريح وكذا إذا قال لأمته هذه مولاتي لما بينا ولو قال عنيت به المولى في الدين أو
الكذب يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق في القضاء لمخالفة الظاهر وأما الثاني فلأنه

لما تعين له سقط وإذا ألحق بالصريح والنداء باللفظ الصريح يعتق بأن قال يا حر يا عتيق
وكذا النداء بهذا اللفظ وقال زفر لا يعتق في الثاني لأنه يقصد به الإكرام عن تحقيق
يا سيدي يا مالكي ولنا أن الكلام حقيقة وقد أمكن العمل به بخلاف ما ذكر لأنه ليس فيه ما يختص
بالعتق فكان إكراما محضا ولو قال يا ابني ويا أخي لم يعتق لأن النداء لإعلام المنادى
إلا أنه إذا كان بوصف يمكن إثباته من جهته كان لتحقيق ذلك الوصف في المنادى استحضارا
له بالوصف المخصوص كما في قوله يا حر على ما بيناه وإذا كان النداء بوصف لا يمكن إثباته
من جهته كان للإعلام المجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره والبنوة لا يمكن إثباتها
حالة النداء من جهته لأنه لو تخلق من ماء غيره لا يكون ابنا له بهذا النداء فكان لمجرد
الإعلام وقد روي عن أبي حنيفة شاذا أنه يعتق فيهما والاعتماد على الظاهر ولو قال يا ابن
لا يعتق لأن الأمر كما أخبر فإنه ابن أبيه وكذا إذا قال يا بني أو قال يا بنية لأنه تصغير
الابن والبنت من غير إضافة ولو قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني
عتق عند أبي حنيفة وقالا لا يعتق وهو قول الشافعي لهما أنه كلام محال فيرد ويلغو
كقوله أعتقتك قبل أن أخلق ولأبي حنيفة أنه محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه لأنه إخبار
عن حريته من حين ملكه وهذا لأن البنوة في المملوك سبب لحريته إما إجماعا أو صلة للقرابة
وإطلاق السبب وإرادة المسبب مستجاز في اللغة تجوزا ولأن الحرية ملازمة للبنوة
في المملوك والمشابهة في وصف ملازم من طرق المجاز على ما عرف فيحمل عليه تحرزا عن
الإلغاء بخلاف ما استشهد به لأنه لا وجه له في المجاز فتعين الإلغاء وهذا بخلاف
ما إذا قال لغيره قطعت يدك خطأ فأخرجهما صحيحتين حيث لم يجعل مجازا عن الإقرار بالمال والتزامه
وإن كان القطع سببا لوجوب المال لأن القطع خطأ سبب لوجوب مال مخصوص وهو الأرش
وأنه يخالف مطلق المال في الوصف حتى وجب على العاقلة في سنتين فلا يمكن إثباته
بدون القطع وما أمكن إثباته فالقطع ليس بسبب له والحرية لا تختلف ذاتا وحكما فأمكن
جعله مجازا عنه ولو قال هذا أبي أو أمي ومثله لا يولد لمثلهما فهو على الخلاف لما بينا ولو قال
لصبي صغير هذا جدي قيل هو على الخلاف وقيل لا يعتق بالإجماع لأن هذا الكلام لا
موجب له في الملك إلا بواسطة وهو الأب وهي غير ثابتة في كلامه فتعذر أن يجعل مجازا
عن الموجب بخلاف الأبوة والبنوة لأن لهما موجبا في الملك من غير واسطة ولو قال هذا
أخي لا يعتق في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة أنه يعتق ووجه الروايتين ما بيناه ولو قال
لعبده هذه ابنتي فقد قيل على الخلاف وقيل لا يعتق بالإجماع لأن المشار إليه ليس من جنس المسمى

بتحقيق
أخبر م
أو قبل أن أخلق و م
هو م

فتعلق الحكم بالمسمى وهو معدوم فلا يعتبر وقد حققناه في النكاح وإن قال لأمته
أنت طالق أو بائن أو تخمري ونوى به العتق لم تعتق وقال الشافعي تعتق إذا نوى
وكذا على هذا الخلاف سائر ألفاظ الصريح والكناية على ما قاله مشايخنا رحمهم الله له أنه
نوى ما يحتمله لفظه لأن بين الملكين موافقة إذ كل واحد منهما ملك العين أما
ملك اليمين فظاهر وكذا ملك النكاح في حكم ملك العين حتى كان التأبيد من شرطه
والتأقيت مبطلا له وعمل اللفظين في إسقاط ما هو حقه وهو الملك ولهذا يصح التعليق فيه
بالشرط أما الأحكام فتثبت بسبب سابق وهو كونه مكلفا ولهذا تصلح لفظة العتق
والتحرير كناية عن الطلاق فكذا عكسه ولنا أنه نوى ما لا يحتمله لفظه لأن الإعتاق لغة
إثبات القوة والطلاق رفع القيد وهذا لأن العبد ألحق بالجمادات وبالإعتاق
يحيى فيقتدر ولا كذلك المنكوحة فإنها قادرة إلا أن قيد النكاح مانع وبالطلاق
يرتفع المانع فيظهر القوة ولا خفاء أن الأول أقوى ولأن ملك اليمين فوق ملك
النكاح فكان إسقاطه أقوى واللفظ يصلح مجازا عما هو دون حقيقته لا عما هو فوقه
فلهذا امتنع في المتنازع وانساغ في عكسه وإذا قال لعبده أنت مثل الحر لم يعتق
لأن المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفا فوقع الشك في الحرية ولو قال ما أنت
إلا حر عتق لأن الاستثناء من النفي إثبات على وجه التأكيد كما في كلمة الشهادة ولو
قال رأسك رأس حر لا يعتق لأنه تشبيه بحذف حرفه ولو قال رأسك رأس حر
عتق لأنه إثبات الحرية فيه إذ الرأس يعبر به عن جميع البدن **فصل** ومن ملك
ذا رحم محرم منه عتق عليه وهذا اللفظ مروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال
من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر واللفظ بعمومه ينتظم كل قرابة مؤيدة بالمحرمية ولادا
أو غيره والشافعي يخالفنا في غيره له أن ثبوت العتق من غير مرضاة المالك ينفيه
القياس أو لا يقتضيه والأخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد فامتنع
الإلحاق أو الاستدلال ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد ولم يمتنع فيه
ولنا ما روينا ولأنه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه وهذا هو المؤثر في
الأصل والولاد ملغى لأنها هي التي يفترض وصلها ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة
وحرم النكاح ولا فرق بينما إذا كان المالك مسلما أو كافرا في دار الإسلام لعموم العلة
والمكاتب إذا اشترى أخاه ومن يجري مجراه لا يتكاتب عليه لأنه ليس له ملك تام يقدره
على الإعتاق والافتراض عند القدرة بخلاف الولاد لأن العتق فيه من مقاصد الكتابة

فيه م

فامتنع البيع ليعتق تحقيقاً لمقصود العقد وعن ابي حنيفة انه يتكاتب عليه وهو قولهما قلنا ان
تمتنع وهذا بخلاف ما اذا ملك ابنة عمه وهي اخته من الرضاع لان المحرمية ما ثبتت بالقرابة
والصبي جعل اهلاً لهذا العتق وكذا المجنون حتى عتق القريب عليهما عند الملك لانه تعلق
حق العبد فشابه النفقة ومن اعتق عبده لوجه الله او للشيطان او للصنم عتق لوجود
ركن الاعتاق من اهله في محله ووصف القربة في اللفظ الاول زيادة فلا يختل العتق
بعدمه في اللفظين الآخرين وعتق المكره والسكران واقع لصدوره من الاهل في المحل
كما في الطلاق وقد بيناه من قبل وان اضاف العتق الى ملك او شرط صح كما في الطلاق
الى الملك ففيه خلاف ش وقد بيناه في كتاب الطلاق واما التعليق بالشرط فلانه اسقاط
فيجري فيه التعليق بخلاف التمليكات على ما عرف في موضعه واذا خرج عبد الحربي الينا مسلماً
عتق لقوله عليه السلام في عبيد الطائف حين خرجوا اليه مسلمين هم عتقاء الله ولانه احرز نفسه
وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء وان اعتق حاملاً عتق حملها تبعاً لها اذ هو متصل
بها ولو اعتق الحمل خاصة عتق دونها لانه لا وجه الى اعتاقها مقصوداً لعدم الاضافة
اليها ولا اليه تبعاً لما فيه من قلب الموضوع ثم اعتاق الحمل صحيح ولا يصح بيعه وهبته
لان التسليم نفسه شرط في الهبة والقدرة عليه في البيع ولم يوجد بالاضافة الى الجنين
وشيء من ذلك ليس بشرط في الاعتاق فافترقا ولو اعتق الحمل على مال صح ولا يجب المال
اذ لا وجه الى الزام المال على الجنين لعدم الولاية عليه ولا الى الزامه الام لانه في حق
العتق نفس على حدة واشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز على ما مر في الخلع وانما يعرف
قيام الحمل وقت العتق اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر منه لانه ادنى مدة الحمل قال
وولد الامة من مولاها حر لانه مخلوق من مائه فيعتق عليه هذا هو الاصل ولا معارض له فيه
لان ولد الامة لمولاها وولدها من زوجها مملوك لسيدها لترجح جانب الام باعتبار
الحضانة او لاستهلاك مائه بمائها والمنافاة متحققة والزوج قد رضي به بخلاف
ولد المغرور لان الوالد ما رضي به وولد الحرة حر على كل حال لان جانبها راجح فيتبعها
في وصف الحرية كما يتبعها في المملوكية والمرقوقية والتدبير وامية الولد والكتابة

باب العبد يعتق بعضه

واذا اعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في
بقية قيمته لمولاه عند ابي حنيفة وقالا يعتق كله واصله ان الاعتاق يتجزى عنده فيقتصر
على ما اعتق وعندهما لا يتجزى وهو قول ش فاضافته الى البعض كاضافته الى الكل
فلهذا يعتق كله لهم ان الاعتاق اثبات العتق وهو قوة حكمية واثباتها بازالة ضدها وهو

اما الاضافة م
الركن م
فيتبعها م

الرق

الرق الذي هو ضعف حكمي وهما لا يتجزيان فصار كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد
ولابي حنيفة ان الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك او هو ازالة الملك لان الملك
حقه والرق حق الشرع او حق العامة وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف
وهو ازالة حقه لا حق غيره والاصل ان التصرف يقتصر على موضع الاضافة و
التعدي الى ما وراءه ضرورة عدم التجزي والملك متجزئ كما في البيع والهبة فيبقى على
الاصل وتجب السعاية لاحتباس مالية البعض عند العبد والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده
لان الاضافة الى البعض توجب ثبوت المالكية في كله وبقاء الملك في بعضه يمنعه
فعملنا بالدليلين بانزاله مكاتباً اذ هو مالك يداً لا رقبة والسعاية كبدل الكتابة
فله ان يستسعيه وله خيار ان يعتقه لان المكاتب قابل للاعتاق غير انه اذا
عجز لا يرد الى الرق لانه اسقاط لا الى احد فلا يقبل الفسخ بخلاف الكتابة المقصودة
لانه عقد يقال ويفسخ وليس في الطلاق والعفو عن القصاص حالة متوسطة فاثبتناه في الكل
ترجيحاً للمحرم والاستيلاد متجزئ عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه و
في القنة لما ضمن نصيب صاحبه بالافساد ملكه بالضمان فكمل الاستيلاد قال واذا كان
العبد بين شريكين فاعتق احدهما نصيبه عتق فان كان موسراً فشريكه بالخيار ان شاء
اعتق وان شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وان شاء استسعى العبد فان ضمن رجع المعتق
على العبد والولاء للمعتق وان اعتق او استسعى فالولاء بينهما وان كان المعتق
معسراً فالشريك بالخيار ان شاء اعتق وان شاء استسعى العبد والولاء بينهما في الوجهين
وهذا عند ابي حنيفة وقالا ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار
ولا يرجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وهذه المسئلة تبتنى على حرفين احدهما تجزي
الاعتاق وعدمه على ما بيناه والثاني ان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وعندهما
يمنع لهما في الثاني قوله عليه السلام في الرجل يعتق نصيبه ان كان غنياً ضمن وان كان فقيراً
سعى في حصة الآخر قسم والقسمة تنافي الشركة وله انه احتبست مالية نصيبه
عند العبد فله ان يضمنه كما اذا هبت الريح في ثوب انسان والقته في صبغ غيره حتى
انصبغ به فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الآخر موسراً كان او معسراً لما قلنا فكذا هنا
الا ان العبد فقير فيستسعيه ثم المعتبر يسار التيسير وهو ان يملك من المال قدر قيمة
نصيب الآخر لا يسار الغنى لانه به يعتدل النظر من الجانبين بتحقيق ما قصده المعتق من
القربة وايصال بدل حق الساكت اليه ثم التخريج على قولهما ظاهر فعدم رجوع المعتق

العفو عن م

بما ضمن على العبد لعدم السعاية عليه في حال اليسار والولاء للمعتق لان العتق كله من جهته لعدم
التجزي واما التخريج على قولهما فالاعتاق لقيام ملكه في الكل فاذا الاعتاق يتجزى عنده
والتضمين لان المعتق جنى عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك مما
سوى الاعتاق وتوابعه والاستسعاء ثم يرجع المعتق بما ضمن على العبد لانه قام
مقام الساكت باداء الضمان وقد كان له ذلك بالاستسعاء فكذلك للمعتق ولانه ملكه
باداء الضمان ضمنا فيصير كان الكل له وقد عتق بعضه فله ان يعتق الباقي او يستسعى ان
شاء والولاء للمعتق في هذا الوجه لان العتق كله من جهته حيث ملكه بالضمان وفي حال اعساره
المعتق ان شاء اعتق لبقاء ملكه وان شاء استسعى لما بينا والولاء له في الوجهين لان العتق
من جهته ولا يرجع المستسعى على المعتق بما ادى باجماع بيننا لانه يسعى لفكاك رقبته او لا
يقضي دينا على المعتق اذ لا شيء عليه لعسرته بخلاف العبد المرهون اذا اعتقه الراهن المعسر لانه
يسعى في رقبة قد فكت ويقضي دينا على الراهن فلهذا يرجع عليه وقول الشافعي في الموسر
كقولهما وقال في المعسر يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب لانه لا وجه الى تضمين الشريك
لاعساره ولا الى السعاية لان العبد ليس بجان ولا راض به ولا الى اعتاق الكل للاضرار
بالساكت فتعين ما عيناه قلنا الى الاستسعاء سبيل لانه لا يفتقر الى الجناية بل يبتنى على
احتباس المالية فلا يصار الى الجمع بين القوة الموجبة للمالكية والضعف السالب لها في شخص واحد
قال ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه
موسرين كانا او معسرين عند ابي حنيفة وكذا اذا كان احدهما موسرا والاخر معسرا لان
كل واحد منهما يزعم ان صاحبه اعتق نصيبه فصار مكاتبا في زعمه عنده وحرم عليه الاسترقاق
فيصدق في حق نفسه فيمنع من استرقاقه ويستسعيه لانا تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان
او صادقا لانه مكاتبه او مملوكه فلهذا يستسعيانه ولا يختلف ذلك باليسار والاعسار
لان حقه في الحالين في احد شيئين لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقد تعذر التضمين
لانكار الشريك فتعين الاخر وهو السعاية والولاء لهما لان كلا منهما يقول عتق نصيب
صاحبي عليه باعتاقه وولاؤه له وعتق نصيبي بالسعاية وولاؤه لي وقالا ان كانا موسرين
فلا سعاية عليه لان كل واحد منهما يتبرأ عن سعايته بدعوى الضمان على صاحبه لان يسار
المعتق يمنع السعاية عندهما الا ان الدعوى لم تثبت لانكار الاخر والبراءة قد ثبتت لاقراره
على نفسه قال وان كانا معسرين سعى لهما لان كل واحد منهما يدعي السعاية عليه صادقا
كان او كاذبا على ما بيناه اذ المعتق معسر وان كان احدهما موسرا والاخر معسرا سعى

الموسر منهما لانه لا يدعي الضمان على صاحبه لاعساره وانما يدعي عليه السعاية ولا يتبرأ عنه
ولا يسعى للمعسر لانه يدعي الضمان على صاحبه ليساره فيكون متبرئا للعبد عن السعاية والولاء
موقوف في جميع ذلك عندهما لان كلا منهما يحيله على صاحبه وهو يتبرأ عنه فيبقى موقوفا
الى ان يتفقا على اعتاق احدهما ولو قال احد الشريكين ان لم يدخل فلان هذه الدار غدا
فهو حر وقال الاخر ان دخل فهو حر فمضى الغد ولا يدرى ادخل ام لا عتق النصف
وسعى لهما في النصف وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يسعى في جميع قيمته لان
المقضي عليه بسقوط السعاية مجهول ولا يمكن القضاء على المجهول فصار كما اذا قال لغيره
لك على احدنا الف درهم فانه لا يقضى بشيء للجهالة كذا هذا ولهما انا تيقنا بسقوط نصف
السعاية لان احدهما حانث بيقين ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضى بوجوب الكل
والجهالة ترتفع بالشيوع والتوزيع كما اذا اعتق احد عبديه لا بعينه او بعينه ونسيه
ومات قبل التذكر او البيان وتمامه في التخريج فيه على ان اليسار يمنع السعاية او لا يمنعها
على الاختلاف الذي سبق ولو حلفا على عبدين كل واحد منهما لاحدهما لم يعتق واحد منهما
لان المقضي عليه بالعتق مجهول وكذا المقضي له فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء وفي
العبد الواحد المقضي له والمقضي به معلوم فغلب المعلوم المجهول واذا اشترى الرجلان
ابن احدهما عتق نصيب الاب لانه ملك شقص قريبه وشراؤه اعتاق على ما مر ولا ضمان عليه
للاخر علم الاخر انه ابن صاحبه شريكه او لم يعلم وكذلك اذا ورثاه والشريك بالخيار
ان شاء اعتق نصيبه وان شاء استسعى العبد وهذا عند ابي حنيفة وقالا في الشرى يضمن
الاب نصف قيمته ان كان موسرا وان كان معسرا سعى الابن في نصف قيمته لشريك ابيه
وعلى هذا الخلاف اذا ملكاه بهبة او صدقة او وصية وعلى هذا اذا اشتراه رجلان وقد
حلف احدهما بعتقه ان اشترى نصفه لهما انه ابطل نصيب صاحبه بالاعتاق لان شرى
القريب اعتاق وصار كما اذا كان العبد بين اجنبيين فاعتق احدهما نصيبه وله انه
رضي بافساد نصيبه فلا يضمنه كما اذا اذن له باعتاق نصيبه صريحا ودلالة ذلك
انه شاركه فيما هو علة العتق وهو الشرى لان شرى القريب اعتاق حتى يخرج به عن
الكفارة عندنا وهذا ضمان افساد في ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار والاعسار
فيسقط بالرضا ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه وهو ظاهر الرواية عنه لان
الحكم يدار على السبب كما اذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم الآمر
بملكه وان بدأ الاجنبي فاشترى نصفه ثم اشترى الاب نصفه الآخر وهو موسر فالاجنبي

بالخيار ان شاء ضمن الاب لانه ما رضي بافساد نصيبه وان شاء استسعى الابن في نصف قيمته
لانه احتبس ملكه عنده وهذا عند ابي حنيفة لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقالا لا
خيار له ويضمن الاب نصف قيمته لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما ومن اشترى
نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا يضمن اذا كان موسرا ومعناه
اذا اشترى نصفه ممن يملك كله فلا يضمن لبائعه شيئا والوجه قد ذكرناه قال واذا كان
العبد بين ثلاثة نفر فدبره احدهم وهو موسر ثم اعتقه الآخر وهو موسر فارادوا
الضمان فللساكت ان يضمن المدبر ولا يضمن المعتق وللمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته
مدبرا ولا يضمنه الثلث الذي ضمن وهذا عند ابي حنيفة وقالا العبد كله للذي دبره اول
مرة ويضمن ثلثي قيمته لشريكيه موسرا كان او معسرا واصل هذا ان التدبير يتجزى عنده
خلافا لهما كالاعتاق لانه شعبة من شعبه فيكون معتبرا به ولما كان يتجزى اقتصر
على نصيبه وقد افسد بالتدبير نصيب الآخرين فلكل واحد منهما ان يدبر نصيبه او يعتق
او يكاتب او يضمن المدبر او يستسعي العبد او يتركه على حاله لان نصيبه باق على ملكه فاسد
بافساد شريكه حيث سد عليه طريق الانتفاع به بيعا وهبة على ما مر فاذا اختار احدهم
العتق تعين حقه فيه وسقط اختياره غيره فتوجه للساكت سببا ضمان تدبير المدبر و
اعتاق هذا المعتق غير ان له ان يضمن المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة اذ هو الاصل
حتى جعل الغصب ضمان معاوضة على اصلنا وامكن ذلك في التدبير لكونه قابلا للنقل من
ملك الى ملك وقت التدبير ولا يمكن ذلك في الاعتاق لانه عند ذلك مكاتب فلهذا يضمن
المدبر ثم للمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا لانه افسد عليه نصيبه مدبرا والضمان
يتقدر بقيمة المتلف وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا على ما قالوا ولا يضمنه قيمة ما ملكه بالضمان
من جهة الساكت لان ملكه يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر
في حق التضمين والولاء بين المدبر والمعتق اثلاثا ثلثاه للمدبر وثلثه للمعتق لان
العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار واذا لم يكن التدبير متجزيا عندهما صار كله مدبرا
للمدبر وقد افسد نصيب شريكه لما بينا فيضمنه ولا يختلف باليسار والاعسار لانه
ضمان تملك فاشبه الاستيلاد بخلاف الاعتاق لانه ضمان جناية والولاء كله للمدبر
وهذا ظاهر قال واذا كانت جارية بين رجلين زعم احدهما انها ام ولد لصاحبه
وانكر الآخر فهي موقوفة تخدم المنكر يوما عند ابي حنيفة وقالا ان شاء المنكر
استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لا سبيل عليها لهما انه لما لم يصدقه صاحبه

الولد

انقلب اقرار المقر عليه فصار كانه استولدها فصار كما اذا اقر المشتري على البائع انه
اعتق المبيع قبل البيع يجعل كانه اعتق كذا هذا فيمتنع الخدمة ونصيب المنكر على ملكه
في الحكم فيخرج الى العتاق بالسعاية كام ولد النصراني اذا اسلمت ولابي حنيفة ان
المقر لو صدق كانت الخدمة كلها للمنكر ولو كذب كان له نصف الخدمة فيثبت ما هو
المتيقن به وهو النصف ولا خدمة للشريك الشاهد ولا استسعاء لانه يتبرأ عن جميع
بدعوى الاستيلاد والضمان والاقرار بامومية الولد يتضمن الاقرار بالنسب وهو
امر لازم لا يرتد بالرد فلا يمكن ان يجعل المقر كالمستولد وان كانت ام ولد بينهما فاعتقها
احدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا يضمن نصف قيمتها لان مالية ام الولد
غير متقومة عنده ومتقومة عندهما وعلى هذا الاصل تبتنى عدة من المسائل اوردناها في
كفاية المنتهي وجه قولهما انها منتفع بها وطئا واجارة واستخداما وهذا هو دلالة
التقوم وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها كما في المدبر الا ترى ان ام ولد النصراني
اذا اسلمت عليها السعاية وهذا آية التقوم غير ان قيمتها ثلث قيمتها قنة على ما قالوا
لفوات منفعة البيع والسعاية بعد الموت بخلاف المدبر لان الفائت منفعة البيع اما السعاية
والاستخدام باقيان ولابي حنيفة ان التقوم بالاحراز وهي محرزة للنسب لا للتقوم
والاحراز للتقوم تابع ولهذا لا تسعى لغريم ولا لوارث بخلاف المدبر وهذا لان السبب
فيها متحقق في الحال وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد على ما عرف في حرمة المصاهرة الا انه
لم يظهر عمله في حق الملك ضرورة الانتفاع فعمل السبب في اسقاط التقوم وفي المدبر ينعقد
السبب بعد الموت وامتناع البيع فيه لتحقيق مقصوده فافترقا وفي ام ولد النصراني
قضينا بكتابتها عليه دفعا للضرر عن الجانبين وبدل الكتابة لا يفتقر وجوبه الى التقوم

باب عتق احد العبدين

ومن كان له ثلاثة اعبد دخل عليه اثنان فقال احدكما حر
ثم خرج واحد ودخل آخر فقال احدكما حر ثم مات ولم يبين عتق من الذي اعيد عليه القول
ثلاثة ارباعه ونصف كل واحد من الآخرين عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد كذلك
الا في العبد الآخر فانه يعتق ربعه اما الخارج فلان الايجاب الاول دائر بينه وبين
الثابت وهو الذي اعيد عليه القول فاوجب عتق رقبة بينهما لاستوائهما فيصيب كلا منهما
النصف غير ان الثابت استفاد بالايجاب الثاني ربعا آخر لان الثاني دائر بينه وبين
الداخل فيتنصف بينهما غير ان الثابت استحق نصف الحرية بالايجاب الاول فشاع النصف
المستحق بالثاني في نصفيه فما اصاب المستحق بالاول لغا وما اصاب الفارغ بقي فيكون له

الربع فصح له ثلثة الارباع ولانه لو ادى هو الثاني يعتق نصفه ولو ادى به الداخل
لا يعتق هذا النصف فيتنصف فيعتق منه الربع ثم الثاني النصف الاول وانما الداخل
محمد يقول لما دار الايجاب الثاني بينه وبين الثابت وقد اصاب الثابت منه الربع فكذلك
يصيب الداخل وهما يقولان انه دائر بينهما وقضيته التنصيف وانما نزل الى الربع في حق
الثابت لاستحقاقه النصف بالايجاب الاول كما ذكرنا ولا استحقاق للداخل من قبل فيثبت فيه
النصف قال فان كان القول منه في المرض قسم الثلث على هذا وشرح ذلك ان نجمع بين سهام
العتق وهي سبعة على قولهما لانا نجعل كل رقبة على اربعة لحاجتنا الى ثلثة الارباع فنقول
يعتق من الثابت ثلثة ومن الاخرين من كل واحد منهما سهمان فيبلغ سهام العتق سبعة والعتق
في مرض الموت وصية ومحل نفاذها الثلث فلا بد ان نجعل سهام الورثة ضعف ذلك فنجعل
كل رقبة على سبعة وجميع المال احد وعشرون فيعتق من الثابت ثلثة ويسعى في اربعة ومن
الاخرين من كل واحد سهمان ويسعى في خمسة اسهم فاذا تاملت وجدت سهام الثلث
والثلثان وعند محمد يجعل كل رقبة على ستة لانه يعتق من الداخل عنده سهم فنقصت سهام
العتق بسهم وصار جميع المال ثمانية عشر والباقي بالتخريج ما مر ولو كان هذا في الطلاق
وهن غير مدخول بهن ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ومن مهر
الثابتة ثلثة اثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه قيل هذا قول محمد خاصة وعندهما يسقط ربعه
وقيل هو قولهما ايضا وقد ذكرنا الفرق وتمام تفريعها في الزيادات قال ومن قال لعبديه
احدكما حر فباع احدهما او مات او قال له انت حر بعد موتي عتق الاخر لانه لم يبق محلا
للعتق اصلا بالموت وللعتق من جهته بالبيع وللعتق من كل وجه بالتدبير فتعين له الاخر
ولانه بالبيع قصد الوصول الى الثمن وبالتدبير ابقاء الانتفاع الى موته والمقصودان
ينافيان العتق الملتزم فتعين له الاخر دلالة وكذا اذا استولد احديهما للمعنيين
ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض وبدونه والمطلق وبشرط الخيار لاحد
المتعاقدين لاطلاق جواب الكتاب والمعنى ما قلنا والعرض على البيع ملحق به في المحفوظ
عن ابي يوسف والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع لانه تمليك وكذلك لو قال
لامرأتيه احديكما طالق ثم ماتت احديهما لما قلنا وكذا لو وطي احديهما لما بينا ولو قال لامتيه
احديكما حرة ثم جامع احديهما لم تعتق الاخرى عند ابي حنيفة وقالا تعتق لان الوطي لا يحل
الا في الملك واحديهما حرة فكان بالوطي مستبقيا الملك في الموطوءة فتعينت الاخرى
لزواله بالعتق كما في الطلاق وله ان الملك قائم في الموطوءة لان الايقاع في المنكرة وهي

معينة

معينة فكان وطؤها حلالا فلا يجعل بيانا ولهذا حل وطؤهما على مذهبه الا انه لا يفتى به
ثم يقال العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه به او يقال نازل في المنكرة فيظهر في حق
حكم تقبله والبيع والوطي يصادف المعينة بخلاف الطلاق لان المقصود الاصلي
من النكاح الولد وقصد الولد بالوطي يدل على استبقاء الملك في الموطوءة صيانة
للولد اما الامة فالمقصود من وطئها قضاء الشهوة دون الولد فلا يدل على الاستبقاء
قال ومن قال لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة فولدت غلاما وجارية ولا
يدري ايهما ولد اولا عتق نصف الام ونصف الجارية والغلام عبد لان كل واحدة منهما
تعتق في حال وهو ما اذا ولدت الغلام اول مرة الام بالشرط والجارية لكونها تبعا لها
لان الام حرة حين ولدتها وترق في حال وهو ما اذا ولدت الجارية اولا لعدم
الشرط فيعتق نصف كل واحدة وتسعى في النصف اما الغلام يرق في الحالين فلهذا
يكون عبدا وان ادعت الام ان الغلام هو المولود اولا وانكر المولى والجارية صغيرة
فالقول قوله مع اليمين لانكاره شرط العتق فان حلف لم يعتق واحد منهم وان نكل عتقت
الام والجارية لان دعوى الام حرية الصغيرة معتبرة لكونها نفعا محضا فاعتبر
النكول في حق حريتهما فعتقتا ولو كانت الجارية كبيرة لم تدع شيئا والمسئلة بحالها عتقت
الام بنكول المولى خاصة دون الجارية لان دعوى الام غير معتبرة في حق الجارية الكبيرة
وصحة النكول تبتنى على الدعوى فلم يظهر في حق الجارية ولو كانت الجارية الكبيرة هي المدعية
لسبق ولادة الغلام والام ساكتة يثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الام لما
قلنا والتحليف على العلم فيما ذكرنا لانه استحلاف على فعل الغير وبهذا القدر يعرف
ما ذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهى قال واذا شهد رجلان على رجل انه اعتق احد
عبديه فالشهادة باطلة عند ابي حنيفة الا ان تكون في وصية استحسانا ذكره في العتاق
وان شهدا انه طلق احدى نسائه جازت الشهادة ويجبر على ان يطلق احديهن وهذا
بالاجماع وقال ابو يوسف ومحمد الشهادة في العتق مثل ذلك ويؤمر بان يوقع
العتق على احدهما واصل هذا ان الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى العبد
عند ابي حنيفة وعندهما تقبل والشهادة على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبولة من
غير دعوى بالاتفاق والمسئلة معروفة واذا كان دعوى العبد شرطا عنده لم يتحقق في
الكتاب لان الدعوى من المجهول لا تتحقق فلا تقبل الشهادة وعندهما ليس بشرط فتقبل
الشهادة وان انعدمت الدعوى اما في الطلاق فعدم الدعوى لا يوجب خللا في الشهادة

لأنها ليست بشرط فيها ولو شهدا أنه أعتق إحدى أمتيه لا تقبل عند أبي حنيفة وإن لم يكن الدعوى
شرطاً فيه لأنه إنما لا يشترط الدعوى لما أنه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق والعتق المبهم
لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرناه فصار كالشهادة على عتق أحد العبدين هذا
كله إذا شهدا في صحته على أنه أعتق أحد عبديه أما إذا شهدا أنه أعتق أحد عبديه في مرض موته
أو شهدا على تدبيره في صحته أو مرضه وأداء الشهادة في مرض موته أو بعد الوفاة تقبل استحساناً
لأن التدبير حيثما وقع وقع وصية وكذا العتق في مرض الموت وصية والخصم في الوصية
إنما هو الموصي وهو معلوم وعنه خلف وهو الوصي أو الوارث ولأن العتق يشيع بالموت
فيهما فصار كل واحد منهما خصماً متعيناً ولو شهدا بعد موته أنه قال في صحته أحدكما حر
قد قيل لا تقبل لأنه ليس بوصية وقيل تقبل للشيوع

باب الحلف بالعتق

ومن قال إذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حر وليس له مملوك فاشترى مملوكاً
ثم دخل عتق لأن قوله يومئذ تقديره يوم إذ دخلت إلا أنه أسقط الفعل وعوضه بالتنوين
فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول وكذا لو كان في ملكه يوم حلف عبد فبقي على ملكه حتى
دخل عتق لما قلنا قال ولو لم يكن قال في يمينه يومئذ لم يعتق لأن قوله كل مملوك لي للحال والجزاء
حرية المملوك في الحال إلا أنه لما دخل الشرط على الجزاء تأخر إلى وجود الشرط فيعتق إذا
بقي على ملكه إلى وقت الدخول ولا يتناول من اشتراه بعد اليمين ومن قال كل مملوك لي ذكر
فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكراً لم يعتق وهذا إذا ولدت لستة أشهر فصاعداً ظاهر
لأن اللفظ للحال وفي قيام الحمل وقت اليمين احتمال لوجود أقل مدة الحمل بعده وكذا
إذا ولدت لأقل من ستة أشهر لأن اللفظ يتناول المملوك المطلق والجنين مملوك تبعاً للأم
لا مقصوداً ولأنه عضو من وجه واسم المملوك يتناول الأنفس دون الأعضاء ولهذا
لا يملك بيعه منفرداً قال رضي الله عنه وفائدة التقييد بوصف الذكورة أنه لو قال كل مملوك لي حر
الحامل فيدخل الحمل تبعاً لها وإن قال كل مملوك أملكه حر بعد غد أو قال كل مملوك لي
فهو حر بعد غد وله مملوك فاشترى آخر ثم جاء بعد غد عتق الذي في ملكه يوم حلف لأن قوله
أملكه للحال حقيقة يقال أنا أملك كذا وكذا ويراد به الحال وكذا يستعمل له من غير قرينة
وفي الاستقبال بقرينة سين أو سوف فيكون مطلقه للحال فكان الجزاء حرية المملوك
في الحال مضافاً إلى ما بعد الغد فلا يتناول ما اشتراه بعد اليمين ولو قال كل مملوك أملكه
أو قال كل مملوك لي حر بعد موتي وله مملوك فاشترى آخر فالذي كان عنده وقت اليمين
مدبر والآخر ليس بمدبر وإن مات عتقا من الثلث وقال أبو يوسف في النوادر يعتق ما كان

أعتق م

قال م

في ملكه يوم حلف ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه وعلى هذا إذا قال كل مملوك لي إذا مت فهو حر
له أن اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه فلا يعتق ما سيملكه ولهذا صار هو مدبراً دون
الآخر ولهما أن هذا إيجاب عتق وإيصاء حتى اعتبر من الثلث وفي الإيصاء يعتبر الحالة
المنتظرة والحالة الراهنة ألا ترى أنه يدخل في الوصية بالمال ما يستفيده بعد الوصية
وفي الوصية لأولاد فلان من يولد له بعدها والإيجاب إنما يصح مضافاً إلى الملك أو إلى
سببه فمن حيث إنه إيجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتباراً للحالة الراهنة فيصير
مدبراً حتى لا يجوز بيعه ومن حيث إنه إيصاء يتناول الذي يشتريه اعتباراً للحالة المترقبة
وهي حالة الموت وقبل الموت حالة التملك استقبال محض فلا يدخل تحت اللفظ وعند الموت
يصير كأنه قال كل مملوك لي فهو حر بخلاف قوله بعد غد على ما تقدم لأنه تصرف واحد
وهو إيجاب العتق وليس فيه إيصاء والحالة محض استقبال فافترقا ولا يقال إنكم جمعتم
بين الحال والاستقبال لأنا نقول نعم ولكن بسببين مختلفين إيجاب عتق ووصية وإنما لا يجوز
ذلك بسبب واحد

باب العتق على جعل

ومن أعتق عبده على مال فقبل العبد عتق
وذلك مثل أن يقول أنت حر على ألف درهم أو بألف درهم وإنما يعتق بقبوله لأنه معاوضة
المال بغير المال إذ العبد لا يملك نفسه ومن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض للحال
كما في البيع فإذا قبل صار حراً وما شرط دين عليه حتى تصح الكفالة به بخلاف بدل الكتابة
لأنه ثبت مع المنافي وهو قيام الرق وإطلاق لفظ المال ينتظم أنواعه من النقد والعرض
والحيوان وإن كان بغير عينه لأنه معاوضة المال بغير المال فشابه النكاح والطلاق
والصلح عن دم العمد وكذا الطعام والمكيل والموزون إذا كان معلوم الجنس ولا تضره
جهالة الوصف لأنها يسيرة قال ولو علق عتقه بأداء المال صح وصار مأذوناً وذلك
مثل أن يقول إن أديت إلي ألف درهم فأنت حر ومعنى قوله صح أنه يعتق عند الأداء
من غير أن يصير مكاتباً لأنه صريح في تعليق العتق بالأداء وإن كان فيه معنى المعاوضة
في الانتهاء على ما نبين وإنما صار مأذوناً لأنه رغبه في الاكتساب بطلبه الأداء منه
ومراده التجارة دون التكدي فكان إذناً له دلالة وإن أحضر المال أجبره الحاكم
على قبضه وعتق العبد ومعنى الإجبار فيه وفي سائر الحقوق أنه ينزل قابضاً بالتخلية
وقال زفر لا يجبر على القبول وهو القياس لأنه تصرف يمين إذ هو تعليق العتق
بالشرط لفظاً ولهذا لا يتوقف على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ ولا جبر على مباشرة
شروط الأيمان لأنه لا استحقاق قبل وجود الشرط بخلاف الكتابة لأنه معاوضة والبدل

أن م

فیها واجب ولنا انه تعلیق نظرا الى اللفظ ومعاوضة نظرا الى المقصود لانه ما علق عتقه
بالاداء الا لیحثه على دفع المال فینال العبد شرف الحریة والمولى المال بمقابلته بمنزلة
الکتابة ولهذا کان عوضا فی الطلاق فی مثل هذا اللفظ حتى کان بائنا فجعلناه تعلیقا
فی الابتداء عملا باللفظ ودفعا للضرر عن المولى حتى لا یمتنع علیه بیعه ولا یکون
العبد احق بمکاسبه ولا یسری الى الولد المولود قبل الاداء وجعلناه معاوضة فی
الانتهاء عند الاداء دفعا للغرور عن العبد حتى یجبر المولى على القبول فعلى هذا
یدور الفقه ویخرج المسائل نظائره انه یشترط العوض ولو ادى البعض یجبر على القبول
الا انه لا یعتق ما لم یؤد الکل لعدم الشرط کما اذا حط البعض وادى الباقی ثم لو ادى
الفا اکتسبها قبل التعلیق رجع المولى علیه وعتق لاستحقاقها ولو کان اکتسبها بعده لم یرجع
علیه لانه ماذون من جهته بالاداء منه ثم الاداء فی قوله ان ادیت یقتصر على المجلس لانه
تخییر کما فی الخلع وفی قوله اذا ادیت لا یقتصر لان اذا تستعمل للوقت بمنزلة متى
ومن قال لعبده انت حر بعد موتی على الف درهم فالقبول بعد الموت لاضافة الایجاب
الى ما بعد الموت فصار کما اذا قال انت حر غدا بالف درهم بخلاف ما اذا قال انت مدبر
على الف درهم حیث یکون القبول الیه فی الحال لان ایجاب التدبیر فی الحال الا انه لا یجب
المال لقیام الرق قالوا لا یعتق فی مسئلة الکتاب وان قبل بعد الموت ما لم یعتقه الوارث
لان المیت لیس باهل للاعتاق وهذا صحیح قال ومن اعتق عبده على خدمته اربع سنین ثم مات
المولى من ساعته فعلیه قیمة نفسه فی ماله عند ابی حنیفة وابی یوسف وقال محمد علیه قیمة
خدمته اربع سنین اما العتق فلانه جعل الخدمة فی مدة معلومة عوضا فیتعلق العتق بالقبول
وقد وجد ولزمه خدمة اربع سنین لانه یصلح عوضا فصار کما اذا اعتقه على الف درهم
ثم اذا مات العبد فالخلاف فیه بناء على خلاف فیه اخرى وهو ان من باع نفس العبد منه
بجاریة بعینها ثم استحقت الجاریة او هلکت یرجع المولى على العبد بقیمة نفسه عندهما
وبقیمة الجاریة عنده وهی معروفة ووجه البناء انه کما یتعذر تسلیم الجاریة بالهلاک
والاستحقاق یتعذر الوصول الى الخدمة بموت العبد وکذا بموت المولى فصار نظیرها ومن
قال لاخر اعتق امتک على الف درهم علی على ان تزوجنیها ففعل فابت ان تتزوجه فالعتق
جائز ولا شیء على الامر لان من قال لغیره اعتق عبدک على الف درهم علی ففعل لا یلزمه شیء
ویقع العتق على المامور بخلاف ما اذا قال لغیره طلق امراتک على الف درهم علی ففعل
حیث یجب الالف على الامر لان اشتراط البدل على الاجنبی فی الطلاق جائز وفی العتاق

مطلب

لا یجوز

لا یجوز وقد قررناه من قبل ولو قال اعتق امتک عنی على الف درهم والمسئلة بحالها قسمت
الالف على قیمتها ومهر مثلها فما اصاب القیمة اداه الامر وما اصاب المهر بطل عنه لانه
لما قال عنی تضمن الشراء اقتضاء على ما عرف واذا کان کذلک فقد قابل الالف بالرقبة
شراء وبالبضع نکاحا فانقسم علیهما ووجبت حصة ما سلم له وهو الرقبة وبطل
ما لم یسلم له وهو البضع فلو زوجت نفسها منه لم یذکره وجوابه ان ما اصاب قیمتها
سقط فی الاول وهو للمولى فی الوجه الثانی وما اصاب مهر مثلها کان مهرا لها فی الوجهین

باب التدبیر

اذا قال الرجل لمملوکه اذا مت فانت حر او انت حر عن دبر منی او
انت مدبر او قد دبرتک فقد صار مدبرا لان هذه الالفاظ صریح فی التدبیر فانه
اثبات العتق عن دبر ثم لا یجوز بیعه ولا هبته ولا اخراجه عن ملکه الا الى الحریة
کما فی الکتابة وقال الشافعی یجوز لانه تعلیق العتق بالشرط فلا یمتنع به البیع والهبة
کما فی سائر التعلیقات وکما فی المدبر المقید ولان التدبیر وصیة وهی غیر مانعة من ذلک
ولنا قوله علیه السلام المدبر لا یباع ولا یوهب ولا یورث وهو حر من الثلث ولانه
سبب الحریة لان الحریة تثبت بعد الموت ولا سبب غیره ثم جعله سببا فی الحال اولى
لوجوده فی الحال وعدمه بعد الموت ولانه بعد الموت حال بطلان اهلیة التصرف
فلا یمکن تاخیر السببیة الى زمان بطلان الاهلیة بخلاف سائر التعلیقات لان المانع
من السببیة قائم قبل الشرط لانه یمین والیمین مانع والمنع هو المقصود وانه
یضاد وقوع الطلاق والعتاق وامکن تاخیر السببیة الى زمان الشرط لقیام الاهلیة
عنده فافترقا ولانه وصیة والوصیة خلافة فی الحال کالوراثة وابطال السبب
لا یجوز وفی البیع وما یضاهیه ذلک قال وللمولى ان یستخدمه ویؤاجره وان کان
امة وطئها وله ان یزوجها لان الملک ثابت فیه له وبه یستفاد ولایة هذه
التصرفات فاذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله لما روینا ولان التدبیر وصیة
لانه تبرع مضاف الى وقت الموت والحکم غیر ثابت فی الحال فینفذ من الثلث حتى لو لم
یکن له مال غیره یسعى فی ثلثیه وان کان على المولى دین یسعى فی کل قیمته لتقدم الدین
على الوصیة ولا یمکن نقض العتق فیجب رد قیمته وولد المدبرة مدبر وعلى ذلک نقل
اجماع الصحابة رضی الله عنهم وان علق التدبیر بموته على صفة مثل ان یقول ان
مت من مرضی هذا او سفری هذا او من مرض کذا فلیس بمدبر ویجوز بیعه لان السبب لم ینعقد
فی الحال للتردد فی تلک الصفة بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق عتقه بمطلق الموت

وهو كائن لا محالة فإن مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر معناه من الثلث
لأنه ثبت حكم التدبير في آخر جزء من أجزاء حياته لتحقق تلك الصفة فيه فلهذا يعتبر
من الثلث ومن المقيد أن يقول إن مت إلى سنة أو عشر سنين لما ذكرنا بخلاف ما إذا
قال إلى مائة سنة ومثله لا يعيش إليه في الغالب لأنه كالكائن لا محالة. والله أعلم.

باب الاستيلاد

إذا ولدت الأمة من مولاها فقد صارت أم ولد له لا يجوز بيعها
ولا تمليكها لقوله عليه السلام أعتقها ولدها أخبر عن إعتاقها فيثبت بعض مواجبه
وهو حرمة البيع ولأن الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولد
فإن الماءين قد اختلطا بحيث لا يمكن التمييز بينهما على ما عرف في حرمة المصاهرة إلا
أن بعد الانفصال يبقى الجزئية حكما لا حقيقة فضعف السبب فأوجب حكما مؤجلا إلى ما
بعد الموت وبقاء الجزئية حكما باعتبار النسب وهو من جانب الرجال فكذا الحرية تثبت
في حقهم لا في حقهن حتى إذا ملكت الحرة زوجها وقد ولدت منه لم يعتق الزوج الذي
ملكته بموتها وبثبوت عتق مؤجل يثبت حق الحرية في الحال فيمنع جواز البيع وإخراجها
لا إلى الحرية في الحال ويوجب عتقها بعد موته وكذا إذا كان بعضها مملوكا له لأن
الاستيلاد لا يتجزى فإنه فرع النسب فيعتبر بأصله قال وله وطؤها واستخدامها وإجارتها
وتزويجها لأن الملك قائم فيها فأشبهت المدبرة ولا يثبت نسب ولدها إلا أن يعترف به
وقال ش يثبت نسبه منه وإن لم يدع لأنه لما ثبت النسب بالعقد فلأن يثبت بالوطء
وإنه أكثر إفضاء أولى ولنا أن وطء الأمة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود
المانع عنه فلا بد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين من غير وطء بخلاف العقد لأن الولد
يتعين مقصودا منه فلا حاجة إلى الدعوة فإن جاءت بعد ذلك بولد ثبت نسبه بغير
إقرار معناه بعد اعتراف منه بالولد الأول لأنه بدعوى الأول تعين الولد مقصودا
منها فصارت فراشا كالمعقودة إلا أنه إذا نفاه ينتفي بقوله لأن فراشها ضعيف
حتى يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة حيث لا ينتفي الولد بنفيه إلا باللعان لتأكد
الفراش حتى لا يملك إبطاله بالتزويج وهذا الذي ذكرناه حكم فأما الديانة فإن كان
وطئها وحصنها ولم يعزل عنها يلزمه أن يعترف به لأن الظاهر أن الولد منه وإن
عزل عنها ولم يحصنها جاز له أن ينفيه لأن هذا الظاهر يقابله ظاهر آخر.
هكذا روي عن أبي حنيفة وفيه روايتان أخريان عن أبي يوسف ومحمد ذكرناهما
في كفاية المنتهى وإن زوجها المولى من رجل فجاءت بولد فهو في حكم أمه لأن حق

الحرية يسري إلى الولد كالتدبير ألا ترى أن ولد الحرة حر وولد القنة رقيق والنسب
يثبت من الزوج لأن الفراش له وإن كان النكاح فاسدا إذ الفاسد ملحق بالصحيح في حق
الأحكام. ولو ادعاه المولى لا يثبت نسبه منه لأنه ثابت النسب من غيره ويعتق
الولد وتصير أمه أم ولد له لإقراره. فإذا مات المولى عتقت من جميع المال
لحديث سعيد بن المسيب أن النبي عليه السلام أمر بعتق أمهات الأولاد وأن لا يبعن في دين
ولا يجعلن من الثلث ولأن الحاجة إلى الولد أصلية فتقدم على حق الورثة والدين
كالتكفين بخلاف التدبير لأنه وصية بما هو من زوائد الحوائج ولا سعاية عليها
في دين المولى للغرماء لما روينا ولأنها ليست بمال متقوم حتى لا تضمن بالغصب عند أبي حنيفة
فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص بخلاف المدبر لأنه مال متقوم. فإذا أسلمت أم ولد
النصراني فعليها أن تسعى في قيمتها وهي بمنزلة المكاتب لا تعتق حتى تؤدي السعاية
وقال زفر تعتق في الحال والسعاية دين عليها وهذا الخلاف فيما إذا عرض على المولى
الإسلام فأبى فإن أسلم تبقى على حالها. له أن إزالة الذل عنها بعدما أسلمت واجب
وذلك بالبيع أو الإعتاق وقد تعذر البيع فتعين الإعتاق ولنا أن النظر من الجانبين
في جعلها مكاتبة لأنه يندفع الذل عنها بصيرورتها حرة يدا والضرر عن الذمي
لانبعاثها على الكسب نيلا لشرف الحرية فيصل الذمي إلى بدل ملكه أما لو عتقت وهي
مفلسة تتوانى في الكسب ومالية أم الولد يعتقدها الذمي متقومة فيترك وما يعتقده
ولأنها إن لم تكن متقومة فهي محترمة وهذا يكفي لوجوب الضمان كما في القصاص
المشترك إذا عفا أحد الأولياء يجب المال للباقين. ولو مات مولاها عتقت بلا سعاية
لأنها أم ولد له. ولو عجزت في حياته لا ترد قنة لأنها لو ردت قنة أعيدت مكاتبة
لقيام الموجب. ومن استولد أمة غيره بنكاح ثم ملكها صارت أم ولد له. وقال ش
لا تصير أم ولد له ولو استولدها بملك يمين ثم استحقت ثم ملكها تصير أم ولد له عندنا
وله فيه قولان وهو ولد المغرور له أنها علقت برقيق فلا تكون أم ولد له كما إذا
علقت من الزنا ثم ملكها الزاني وهذا لأن أمومية الولد باعتبار علوق الولد حرا
لأنه جزء الأم في تلك الحالة والجزء لا يخالف الكل ولنا أن السبب هو الجزئية على ما ذكرنا
من قبل والجزئية إنما تثبت بينهما بنسبة الولد الواحد إلى كل واحد منهما كملا وقد ثبت
النسب فتثبت الجزئية بهذه الواسطة بخلاف الزنا لأنه لا نسب فيه للولد إلى الزاني وإنما
يعتق على الزاني إذا ملكه لأنه جزؤه حقيقة بغير واسطة نظيره من اشترى أخاه

من الزنى لا يعتق عليه لانه ينسب اليه بواسطة نسبته الى الولد وهي غير ثابتة واذا وطى
جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه وصارت ام ولد له وعليه قيمتها وليس عليه
عقرها ولا قيمة ولدها وقد ذكرنا المسئلة بدلائلها في كتاب النكاح من هذا الكتاب
وانما لا يضمن قيمة الولد لانه انعلق حر الاصل لاستناد الملك الى ما قبل الاستيلاد وان
وطى ابو الاب مع بقاء الاب لم يثبت النسب منه لانه لا ولاية للجد حال قيام الاب ولو كان الاب
ميتا ثبت من الجد كما يثبت من الاب لظهور ولايته عند فقد الاب وكفر الاب ورقه
بمنزلة موته لانه قاطع للولاية واذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه احدهما
ثبت نسبه منه لانه لما ثبت النسب في نصفه لمصادفته ملكه ثبت في الباقي ضرورة انه
لا يتجزى لما ان سببه لا يتجزى وهو العلوق اذ الولد الواحد لا يتعلق من مائين وصارت
ام ولد له لان الاستيلاد لا يتجزى عندهما وعند ابي حنيفة يصير نصيبه ام ولد له
ثم يتملك نصيب صاحبه اذ هو قابل للملك ويضمن نصف قيمتها لانه تملك نصيب صاحبه لما
استكمل الاستيلاد ويضمن نصف عقرها لانه وطى جارية مشتركة اذ الملك يثبت حكما
للاستيلاد فيتعقبه الملك في نصيب صاحبه بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه
لان الملك هناك ثبت شرطا للاستيلاد فيتقدمه فصار واطئا ملك نفسه ولا يغرم
قيمة ولدها لان النسب ثبت مستندا الى وقت العلوق فلم يتعلق شيء منه على ملك
الشريك وان ادعياه معا ثبت نسبه منهما معناه اذا حملت على ملكهما وقال الشافعي يرجع
الى قول القافة لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا ان الولد لا يتخلق من مائين متعذر
فعملنا بالشبه وقد سر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقول القائف في اسامة ولنا
كتاب عمر الى شريح رضي الله عنهما في هذه الحادثة لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو
ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي منهما وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم وعن علي
رضي الله عنه مثل ذلك ولانهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان فيه والنسب
وان كان لا يتجزى ولكن يتعلق به احكام متجزية فما يقبل التجزية يثبت في حقهما على التجزية
وما لا يقبلها يثبت في حق كل واحد منهما كملا كانه ليس معه غيره الا اذا كان احد الشريكين
ابا الآخر او كان مسلما والآخر ذميا لوجود المرجح في حق المسلم وهو الاسلام وفي حق
الاب وهو ما له من الحق في نصيب الابن وسرور النبي عليه السلام فيما روي لان الكفار كانوا
يطعنون في نسب اسامة وكان قول القائف مقطعا لطعنهم فسر به قال وكانت الامة
ام ولد لهما لصحة دعوة كل واحد منهما في نصيبه في الولد فيصير نصيبه منها ام ولد له

تبعا لولدها وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصا بماله على الآخر ويرث الابن
من كل واحد منهما ميراث ابن كامل لانه اقر له بميراثه كله وهو حجة في حقه ويرثان
منه ميراث اب واحد لاستوائهما في السبب كما اذا اقاما البينة واذا وطى المولى
جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فان صدقه المكاتب ثبت نسب الولد منه
وعن ابي يوسف انه لا يعتبر تصديقه اعتبارا بالاب يدعي ولد جارية ابنه ووجه
الظاهر وهو الفرق ان المولى لا يملك التصرف في اكساب مكاتبه حتى لا يتملكه
والاب يملك تملكه فلا معتبر بتصديق الابن قال وعليه عقرها لانه لا يتقدمه
الملك لان ما له من الحق كاف لصحة الاستيلاد بما ذكرناه قال وقيمة ولدها لانه
في معنى المغرور حيث انه اعتمد دليلا وهو انه كسب كسبه فلم يرض برقه فيكون حرا
بالقيمة ثابت النسب منه ولا تصير الجارية ام ولد له لانه لا ملك له فيها حقيقة كما في
ولد المغرور وان كذبه المكاتب في النسب لم يثبت لما بينا انه لا بد من تصديقه
فلو ملكه يوما ثبت نسبه منه لقيام الموجب وزوال حق المكاتب اذ هو المانع

كتاب الايمان

قال الايمان على ثلثة اضرب يمين الغموس ويمين
منعقدة ويمين لغو فالغموس هي الحلف على امر ماض يتعمد الكذب فيه فهذه اليمين
ياثم فيها صاحبها لقوله عليه السلام من حلف كاذبا ادخله الله النار ولا كفارة الا
التوبة والاستغفار وقال الشافعي فيها الكفارة لانها شرعت لرفع ذنب هتك
حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق بالاستشهاد بالله كاذبا فاشبه المعقودة ولنا انها كبيرة
محضة والكفارة عبادة حتى تتادى بالصوم ويشترط فيها النية فلا تناط بها
بخلاف المعقودة لانها مباحة ولو كان فيها ذنب فهو متاخر متعلق باختيار مبتدأ
وما في الغموس ملازم فيمتنع الالحاق والمنعقدة ما يحلف على امر في المستقبل ان يفعله
او لا يفعله واذا حنث في ذلك لزمته الكفارة لقوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في
ايمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان وهو ما ذكرنا ويمين اللغو ان يحلف على امر
ماض وهو يظن انه كما قال والامر بخلافه فهذه اليمين نرجو ان لا يؤاخذ الله تعالى
بها صاحبها ومن اللغو ان يقول والله انه لزيد وهو يظنه زيدا وانما هو عمرو
والاصل فيه قوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم الآية الا انه علقه بالرجاء
للاختلاف في تفسيره قال والقاصد في اليمين والمكره والناسي سواء حتى تجب
الكفارة لقوله عليه السلام ثلث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين

والناسي فيما يخالفها في ذلك سيّان في الاكراه ومن فعل المحلوف عليه مكرها او ناسيا
سواء لان الفعل الحقيقي لا ينعدم بالاكراه وهو الشرط وكذا اذا فعله وهو مغمى عليه او مجنون
لتحقق الشرط حقيقة ولو كانت الحكمة رفع الذنب فالحكم يدار على دليلها وهو الحنث لا على حقيقة
الذنب

باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا

قال واليمين بالله او باسم آخر من اسمائه تعالى
كالرحمن والرحيم او بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه لان الحلف بها
متعارف ومعنى اليمين وهو القوة حاصل لانه يعتقد تعظيم الله وصفاته فصلح ذكره حاملا ومانعا
قال الا قوله وعلم الله فانه لا يكون يمينا لانه غير متعارف ولانه يذكر ويراد به المعلوم يقال
اغفر علمك فينا اي معلومك ولو قال وغضب الله وسخطه لم يكن حالفا وكذا ورحمة الله لان
الحلف بها غير متعارف ولان الرحمة قد يراد بها اثرها وهو المطر والجنة والغضب والسخط يراد
بهما العقوبة ومن حلف بغير الله لم يكن حالفا كالنبي والكعبة لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا
فليحلف بالله او ليذر وكذا اذا حلف بالقرآن لانه غير متعارف قال رضي الله عنه معناه ان يقول والنبي
والقرآن اما لو قال انا بريء منه يكون يمينا لان التبري منهما كفر قال والحلف بحروف القسم
وحروف القسم الواو كقوله والله والباء كقوله بالله والتاء كقوله تالله لان كل ذلك
معهود في الايمان مذكور في القرآن وقد يضمر الحرف فيكون حالفا كقوله الله لا افعل
كذا لان حذف الحرف من عادة العرب ايجازا ثم قيل ينصب لانتزاع حرف الخافض وقيل يخفض
فيكون الكسرة دالة على المحذوف وكذا اذا قال لله لان الباء تبدل بها قال الله تعالى
آمنتم له اي به قال ابو حنيفة اذا قال وحق الله فليس بحالف وهو قول محمد واحدى
الروايتين عن ابي يوسف وعنه رواية اخرى انه يكون يمينا لان الحق من صفات الله تعالى وهو
حقيته فصار كانه قال والله الحق والحلف به متعارف ولهما انه يراد به طاعة الله اذ
الطاعات حقوقه فيكون حلفا بغير الله قالوا لو قال والحق يكون يمينا ولو قال حقا
لا يكون يمينا لان الحق من اسمائه والمنكر يراد به تحقيق الوعد ولو قال اقسم او اقسم
بالله او احلف او احلف بالله او اشهد او اشهد بالله فهو حالف لان هذه الالفاظ مستعملة
في الحلف وهذه الصيغة للحال حقيقة وتستعمل للاستقبال بقرينة فجعل حالفا في الحال
والشهادة يمين قال الله تعالى قالوا نشهد انك لرسول الله ثم قال اتخذوا ايمانهم جنة
والحلف بالله هو المعهود المشروع وبغيره محظور فصرف اليه ولهذا قيل لا يحتاج الى النية
وقيل لا بد منها لاحتمال العدة واليمين بغير الله ولو قال بالفارسية سوكند ميخورم بخداي
يكون يمينا لانه للحال ولو قال سوكند خورم قيل لا يكون يمينا ولو قال سوكند خوردم

بطلاق زنم لا يكون يمينا لعدم التعارف قال وكذا قوله لعمر الله وايم الله لان عمر الله
بقاء الله وايم الله معناه ايمن الله وهو جمع يمين وقيل معناه والله وايم صلة كالواو
والحلف باللفظين متعارف وكذا قوله وعهد الله وميثاقه لان العهد يمين قال الله تعالى
واوفوا بعهد الله والميثاق عبارة عن العهد وكذا اذا قال علي نذر او نذر الله لقوله
عليه السلام من نذر نذرا ولم يسم فعليه كفارة يمين ولو قال ان فعلت كذا فهو يهودي او نصراني
او كافر يكون يمينا لانه لما جعل الشرط علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع وقد امكن
القول بوجوبه لغيره بجعله يمينا كما نقول في تحريم الحلال ولو قال ذلك لشيء قد فعله
فهو الغموس ولا يكفر اعتبارا بالمستقبل وقيل يكفر لانه تنجيز معنى فصار كما اذا قال
هو يهودي والصحيح انه لا يكفر فيهما ان كان يعلم انه يمين وان كان عنده انه يكفر بالحلف
يكفر فيهما لانه رضي بالكفر حيث اقدم على الفعل وان قال ان فعلت كذا فعلي غضب الله
او سخطه فليس بحالف لانه دعاء على نفسه ولا يتعلق ذلك بالشرط ولانه غير متعارف
وكذا اذا قال ان فعلت كذا فانا زان او سارق او شارب خمر او آكل ربوا لان
حرمة هذه الاشياء تحتمل النسخ والتبديل فلم تكن في معنى حرمة الاسم ولانه ليس بمتعارف

فصل في الكفارة

قال كفارة اليمين عتق رقبة يجزئ فيها ما يجزئ في الظهار
وان شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوبا فما زاد وادناه ما يجوز فيه الصلوة وان شاء
اطعم عشرة مساكين كالاطعام في كفارة الظهار والاصل فيه قوله تعالى فكفارته اطعام
عشرة مساكين الآية وكلمة او للتخيير فكان الواجب احد الاشياء الثلثة قال فان لم يقدر
على احد الاشياء الثلثة صام ثلثة ايام متتابعات وقال الشافعي يتخير لاطلاق النص ولنا
قراءة ابن مسعود رضي الله عنه فصيام ثلثة ايام متتابعات وهي كالخبر المشهور ثم المذكور
في الكتاب في الكسوة مروي عن محمد وعن ابي حنيفة وابي يوسف ان ادناه ما يستر عامة
بدنه حتى لا يجوز السراويل وهو الصحيح لان لابسه يسمى عريانا في العرف لكن ما لا يجزئه
عن الكسوة يجزئه عن الطعام باعتبار القيمة وان قدم الكفارة على الحنث لم يجزه
وقال الشافعي يجزئه بالمال لانه اداها بعد السبب وهو اليمين فاشبه التكفير بعد الجرح
ولنا ان الكفارة لستر الجناية واليمين ليست بسبب لانه مانع غير مفض بخلاف الجرح
لانه مفض ثم لا يسترد من المسكين لوقوعه صدقة ومن حلف على معصية مثل ان لا يصلي
او لا يكلم اباه او ليقتلن فلانا ينبغي ان يحنث نفسه ويكفر عن يمينه لقوله عليه السلام
من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت بالذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه ولان

فيما قلناه نفي التبرر الى الجابر وهو الكفارة ولا جابر للمعصية في وضع واذا حلف
الكافر ثم حنث في حال الكفر او بعد اسلامه فلا حنث عليه لانه ليس باهل اليمين لانها
تعقد لتعظيم الله تعالى ومع الكفر لا يكون معظما ولا هو اهل الكفارة لانها عبادة ومن
حرم على نفسه شيئا مما يملكه لم يصر محرما وعليه ان استباحه كفارة يمين وقال الشافعي
لا كفارة عليه لان تحريم الحلال قلب المشروع فلا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين
ولنا ان اللفظ ينبئ عن اثبات الحرمة وقد امكن اعماله بثبوت حرمة لعينه باثبات موجب
اليمين فيصار اليه ثم اذا فعل مما حرمه قليلا او كثيرا حنث ووجبت الكفارة وهو المعنى
من الاستباحة المذكورة لان التحريم اذا ثبت تناول كل جزء منه ولو قال كل حل علي حرام
فهو على الطعام والشراب الا ان ينوي غير ذلك والقياس ان يحنث كما فرغ لانه باشر
فعلا مباحا وهو التنفس ونحوه وهذا قول زفر وجه الاستحسان ان المقصود وهو البر
لا يحصل مع اعتبار العموم واذا سقط اعتباره ينصرف الى الطعام والشراب للعرف فانه
يستعمل فيما يتناول عادة ولا يتناول المرأة الا بالنية لاسقاط اعتبار العموم واذا نواها
كان ايلاء ولا تصرف اليمين عن المأكول والمشروب وهذا كله جواب ظاهر الرواية ومشايخنا رحمهم الله
قالوا يقع به الطلاق من غير نية لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى وكذا ينبغي في قوله حلال
بروي حرام للعرف واختلفوا في قوله هرچه بردست راست گيرم بروي حرام انه هل يشترط
النية والاظهر انه يجعل طلاقا من غير نية للعرف ومن نذر نذرا مطلقا فعليه الوفاء به
لقوله عليه السلام من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى وان علق النذر بشرط فوجد الشرط
فعليه الوفاء بنفس النذر لاطلاق الحديث ولان المعلق بالشرط كالمنجز عنده وعن
ابي حنيفة انه رجع عنه وقال اذا قال ان فعلت كذا فعلي حجة او صوم سنة او صدقة ما
املكه اجزأه عن ذلك كفارة يمين وهو قول محمد ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمى ايضا
وهذا اذا كان شرطا لا يريد كونه لان فيه معنى اليمين وهو المنع وهو بظاهره نذر
فيتخير ويميل الى اي الجهتين شاء بخلاف ما اذا كان شرطا يريد كونه كقوله ان شفى الله
مريضي لانعدام معنى اليمين فيه وهذا التفصيل هو الصحيح قال ومن حلف على يمين وقال
ان شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه لقوله عليه السلام من حلف على يمين وقال ان شاء الله
فقد بر في يمينه الا انه لا بد من الاتصال لانه بعد الفراغ رجوع ولا رجوع في اليمين

باب اليمين في الدخول والسكنى

ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة او المسجد او
البيعة او الكنيسة لم يحنث لان البيت ما اعد للبيتوتة وهذه البقاع ما بنيت لها

ظاهر ، ذلك ، كله

وكذا

وكذا اذا دخل دهليزا او ظلة باب الدار لما ذكرنا والظلة ما تكون على السكة وقيل اذا كان
الدهليز بحيث لو اغلق الباب يبقى داخلا وهو مسقف يحنث لانه يبات فيه عادة وان
دخل صفة حنث لانها تبنى للبيتوتة فيها في بعض الاوقات فصار كالشتوي
والصيفي وقيل هذا اذا كانت الصفة ذات حوائط اربعة وهكذا كانت صفافهم
وقيل الجواب يجري على اطلاقه وهو الصحيح ومن حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة
لم يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث
لان اسم الدار للعرصة عند العرب والعجم يقال دار عامرة ودار غامرة وقد شهدت
اشعار العرب بذلك والبناء وصف فيها غير ان الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب
معتبر ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت اخرى فدخلها حنث لما ذكرنا
ان الاسم باق بعد الانهدام وان جعلت مسجدا او حماما او بستانا او بيتا فدخله
لم يحنث لانها لم تبق دارا لاعتراض اسم آخر عليه وكذا اذا دخله بعد انهدام الحمام
واشباهه لانه لا يعود اسم الدار به وان حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعد ما انهدم
وصار صحراء لم يحنث لزوال اسم البيت لانه لا يبات فيه حتى لو بقيت الحيطان وسقط
السقف يحنث لانه يبات فيه والسقف صفة فيه وكذا اذا بني بيتا آخر فدخله
لان الاسم لم يبق بعد الانهدام ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها حنث
لان السطح من الدار الا يرى ان المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج الى سطح المسجد وقيل
في عرفنا لا يحنث قال وكذا اذا دخل دهليزها ويجب ان يكون على التفصيل الذي
تقدم وان وقف في طاق الباب بحيث اذا اغلق الباب كان خارجا لم يحنث لان الباب
لاحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج من الدار ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها
لم يحنث بالقعود حتى يخرج ثم يدخل استحسانا والقياس ان يحنث لان الدوام له حكم
الابتداء وجه الاستحسان ان الدخول لا دوام له لانه انفصال من الخارج الى الداخل
ولو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه فنزعه في الحال لم يحنث وكذا اذا حلف لا
يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل من ساعته او حلف لا يسكن هذه الدار وهو
ساكنها فاخذ في النقلة من ساعته وقال زفر يحنث لوجود الشرط وان قل ولنا
ان اليمين تعقد للبر فيستثنى منه زمان تحقيقه فان لبث على حاله ساعة حنث لان
هذه الافعال لها دوام بحدوث امثالها الا يرى انه يضرب لها مدة يقال ركبت
يوما ولبست يوما بخلاف الدخول لانه لا يقال دخلت يوما بمعنى المدة والتوقيت

يحنث ، بني ، وصف ، بالصعود

ولو نوى الابتداء اى الخلق يصدق قضاء لانه محتمل كلامه ومن حلف لا يسكن هذه الدار
فخرج ومتاعه واهله فيها ولم يرد الرجوع اليها حنث لانه يعد ساكنا ببقاء اهله
ومتاعه فيها عرفا فان السوقى عامة نهاره فى السوق ويقول اسكن سكة كذا
والبيت والمحلة بمنزلة الدار ولو كان اليمين على المصر لا يتوقف البر على نقل المتاع
والاهل فيما روى عن ابى يوسف لانه لا يعد ساكنا فى الذى انتقل عنه عرفا بخلاف الاول
والقرية بمنزلة المصر فى الصحيح من الجواب ثم قال ابو حنيفة لا بد من نقل كل المتاع
حتى لو بقى وتد يحنث لان السكنى قد ثبتت بالكل فيبقى ما بقى شىء منه وقال ابو يوسف
يعتبر نقل الاكثر لان نقل الكل قد يتعذر وقال محمد يعتبر نقل ما يقوم به كدخدائيته
لان ما وراء ذلك ليس من السكنى قالوا هذا احسن وارفق بالناس وينبغى ان ينتقل
الى منزل آخر بلا تأخير حتى يبر فان انتقل الى السكة او الى المسجد قالوا لا يبر دليله
كذا هنا فى الزيادات ان من خرج بعياله من مصره فما لم يتخذ وطنا آخر يبقى وطنه
الاول فى حق الصلوة

باب اليمين فى الخروج والاتيان والركوب وغير ذلك

قال ومن حلف لا يخرج من المسجد فامر انسانا فحمله فاخرجه حنث لان فعل المأمور مضاف
الى الآمر فصار كما اذا ركب دابة فخرجت ولو اخرجه مكرها لم يحنث لان الفعل لم ينتقل
اليه لعدم الامر ولو حمله برضاه لا بامره لا يحنث فى الصحيح لان الانتقال بالامر لا
بمجرد الرضا ولو حلف لا يخرج من داره الا الى جنازة فخرج اليها ثم اتى حاجة اخرى
لم يحنث لان الموجود خروج مستثنى والمضى بعد ذلك ليس بخروج ولو حلف لا يخرج الى
مكة فخرج يريدها ثم رجع حنث لوجود الخروج على قصد مكة وهو الشرط اذ الخروج
هو الانفصال من الداخل الى الخارج ولو حلف لا يأتيها لم يحنث حتى يدخلها لانه
عبارة عن الوصول قال الله تعالى فأتيا فرعون فقولا ولو حلف لا يذهب اليها
قيل هو كالاتيان وقيل كالخروج وهو الاصح لانه عبارة عن الزوال وان حلف ليأتين
البصرة فلم يأتها حتى مات حنث فى آخر جزء من اجزاء حياته لان البر قبل ذلك مرجو
ولو حلف ليأتينه غدا ان استطاع فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة وفسره فى
الجامع الصغير وقال اذا لم يمرض ولم يمنعه السلطان ولم يجئ امر لا يقدر على اتيانه
فلم يأته حنث وان عنى استطاعة القضاء دين فيما بينه وبين الله تعالى وهذا لان
حقيقة الاستطاعة فيما يقارن الفعل ويطلق الاسم على سلامة الآلات وصحة الاسباب
فى المتعارف فعند الاطلاق ينصرف اليه وتصح نية الاول ديانة لانه حقيقة كلامه

١٣٦

ثم قيل يصح قضاء ايضا لما بينا وقيل لا يصح لانه خلاف الظاهر ومن حلف لا تخرج امرأته
الا باذنه فاذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة اخرى بغير اذنه حنث ولا بد من الاذن
فى كل خروج لان المستثنى خروج مقرون بالاذن وما وراءه داخل فى الحظر العام ولو
نوى الاذن مرة يصدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر
ولو قال الا ان آذن لك فاذن لها مرة واحدة ثم خرجت بعدها بغير اذنه لم يحنث
لان هذه كلمة غاية فينتهى بها اليمين كما اذا قال حتى آذن لك ولو ارادت المرأة الخروج
فقال ان خرجت فانت طالق فجلست ثم خرجت لم يحنث وكذلك اذا اراد رجل ضرب
عبده فقال له آخر ان ضربته فعبدى حر فكف ثم ضربه وهذه تسمى يمين فور وتفرد
ابو حنيفة باظهاره ووجهه ان مراد المتكلم الرد عن تلك الضربة والخرجة عرفا ومبنى
الايمان على العرف ولو قال له رجل اجلس فتغد عندى فقال ان تغديت فعبدى
حر فرجع الى منزله فتغدى لم يحنث لان كلامه خرج مخرج الجواب فينطبق على السؤال
فينصرف الى الغداء المدعو اليه بخلاف ما اذا قال ان تغديت اليوم لانه زاد على حرف
الجواب فيجعل مبتدئا ومن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبد مأذون له
مديون او غير مديون لم يحنث عند ابى حنيفة اما اذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث
وان نوى لانه لا ملك للمولى فيه عنده وان كان الدين غير مستغرق او لم يكن عليه دين
لا يحنث ما لم ينوه لان الملك فيه للمولى لكنه يضاف الى العبد عرفا وكذا شرعا قال عليه السلام
من باع عبدا وله مال الحديث فيختل الاضافة الى المولى فلا بد من النية وقال ابو يوسف
فى الوجوه كلها يحنث اذا نواه لاختلال الاضافة وقال محمد يحنث وان لم ينوه
لاعتبار حقيقة الملك اذ الدين لا يمنع وقوعه للسيد عندهما

باب اليمين فى الاكل والشرب

قال ومن حلف لا يأكل من هذه النخلة فهو على ثمرها لانه اضاف اليمين الى ما لا يؤكل فينصرف
الى ما يخرج منه لانه سبب له فيصلح مجازا عنه لكن الشرط ان لا يتغير بصنعة جديدة حتى لا يحنث
بالنبيذ والخل والدبس المطبوخ وان حلف لا يأكل من هذا البسر فصار رطبا فاكله لم يحنث
وكذا اذا حلف لا يأكل من هذا الرطب او من هذا اللبن فصار تمرا او صار اللبن شيرازا
لان صفة البسورة والرطوبة داعية الى اليمين وكذا كونه لبنا فيتقيد به ولان اللبن مأكول
فلا ينصرف اليمين الى ما يتخذ منه بخلاف ما اذا حلف لا يكلم هذا الصبى او هذا الشاب فكلمه
بعد ما صار شيخا حنث لان هجران المسلم بمنع الكلام منهى عنه فلم يعتبر الداعى فى الشرع ولو
حلف لا يأكل هذا الحمل فاكل بعد ما صار كبشا حنث لان صفة الصغر فى هذا ليست

بداعية الى اليمين فان الممتنع عنه اكثر امتناعا عن لحم الكبش ومن حلف لا ياكل بسرا فاكل رطبا
لم يحنث لانه ليس ببسر ومن حلف لا ياكل رطبا او بسرا او حلف لا ياكل رطبا و لا
بسرا فاكل مذنبا حنث عند ابي حنيفة وقالا لا يحنث في الرطب يعني بالبسر المذنب
ولا في البسر بالرطب المذنب لان الرطب المذنب يسمى رطبا والبسر المذنب يسمى بسرا فصار
كما اذا كان اليمين على الشرى ولهما ان الرطب المذنب ما يكون في ذنبه قليل بسر والبسر
المذنب على عكسه فيكون آكله آكل البسر والرطب وكل واحد مقصود في الاكل بخلاف الشرى
لانه يصادف الجملة فيتبع القليل فيه الكثير ولو حلف لا يشترى رطبا فاشترى كباسة
بسر فيها رطب لا يحنث لان الشرى يصادف الجملة والمغلوب تابع ولو كان اليمين على
الاكل يحنث لان الاكل يصادف شيئا فشيئا فكان كل واحد منهما مقصودا فصار
كما اذا حلف لا يشترى شعيرا او لا ياكله فاشترى حنطة فيها حبات شعير واكلها
يحنث في الاكل دون الشرى لما قلنا ولو حلف لا ياكل لحما فاكل لحم السمك لا يحنث
والقياس ان يحنث لانه يسمى لحما في القرآن وجه الاستحسان ان التسمية مجازية لان اللحم
منشاه من الدم ولا دم فيه لسكونه في الماء وان اكل لحم خنزير او انسان يحنث لانه
لحم حقيقة الا انه حرام واليمين قد تعقد للمنع من الحرام وكذا اذا اكل كبدا او كرشا لانه
لحم حقيقة فان نموه من الدم ويستعمل استعمال اللحم وقيل في عرفنا لا يحنث لانه لا يعد
لحما ولو حلف لا ياكل او لا يشترى شحما لم يحنث الا في شحم البطن عند ابي حنيفة وقالا
يحنث في شحم الظهر ايضا وهو اللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه وهو الذوب بالنار
وله انه لحم حقيقة الا ترى انه ينشا من الدم ويستعمل استعماله وتحصل به قوته ولهذا
يحنث باكله في اليمين على اكل اللحم ولا يحنث ببيعه في اليمين على بيع الشحم وقيل هذا بالعربية
فاما اسم پيه بالفارسية لا يقع على شحم الظهر بحال ولو حلف لا ياكل او لا يشترى
لحما او شحما فاشترى الية او اكلها لم يحنث لانه نوع ثالث حتى لا يستعمل استعمال اللحوم والشحوم
ومن حلف لا ياكل من هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها ولو اكل من خبزها لم يحنث وهذا
عند ابي حنيفة وقالا ان اكل من خبزها حنث ايضا لانه مفهوم منه عرفا ولابي حنيفة ان
له حقيقة مستعملة فانها تغلى وتقلى وتؤكل قضما وهي قاضية على المجاز المتعارف
على ما هو الاصل عنده ولو قضمها حنث عندهما هو الصحيح لعموم المجاز كما اذا حلف لا يضع قدمه
في دار فلان واليه الاشارة بقوله في الخبز حنث ايضا ولو حلف لا ياكل من هذا الدقيق
فاكل من خبزه حنث لان عينه غير ماكول فانصرف الى ما يتخذ منه ولو استفه كما هو

لا يحنث هو الصحيح لتعين المجاز مرادا ولو حلف لا ياكل خبزا فيمينه على ما يعتاد اهل المصر
اكله خبزا وذلك خبز الحنطة والشعير لانه هو المعتاد في غالب البلدان ولو اكل من خبز
القطائف لم يحنث لانه لا يسمى خبزا مطلقا الا اذا نواه لانه يحتمله وكذا لو اكل خبز
الارز بالعراق لم يحنث لانه غير متعارف عندهم حتى لو كان بطبرستان او في بلدة
طعامهم ذلك يحنث ولو حلف لا ياكل الشواء فهو على اللحم دون الباذنجان والجزر
لانه يراد به اللحم المشوي عند الاطلاق الا ان ينوي ما يشوى من بيض وغيره لمكان الحقيقة
وان حلف لا ياكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم استحسانا اعتبارا للعرف وهذا لان
التعميم متعذر فيصرف الى خاص هو متعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء الا اذا نوى غير ذلك
لان فيه تشديدا وان اكل من مرقه يحنث لما فيه من اجزاء اللحم ولانه يسمى طبيخا ومن حلف
لا ياكل الرؤس فيمينه على ما يكبس في التنانير ويباع في المصر ويقال يكبس وفي الجامع الصغير
لو حلف لا ياكل راسا فهو على رؤس البقر والغنم عند ابي حنيفة وقالا على رؤس الغنم
خاصة وهذا اختلاف عصر وزمان كان العرف في زمانه فيهما وفي زمنهما في الغنم
خاصة وفي زماننا يفتى على حسب العادة كما هو المذكور في المختصر واذا حلف لا ياكل
فاكهة فاكل عنبا او رمانا او رطبا او قثاء او خيارا لم يحنث وان اكل تفاحا او بطيخا
او مشمشا حنث وهذا عند ابي حنيفة وقالا حنث في العنب والرمان والرطب ايضا والاصل
ان الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام وبعده اي يتنعم به زيادة على المعتاد والرطب
واليابس فيه سواء بعد ان يكون التفكه به معتادا حتى لا يحنث بيابس البطيخ وهذا
المعنى موجود في التفاح واخواتها فيحنث بها وغير موجود في القثاء والخيار لانهما من
البقول بيعا واكلا فلا يحنث بهما واما العنب والرمان والرطب فهما يقولان معنى التفكه
موجود فيها فانها اعز الفواكه والتنعم بها فوق التنعم بغيرها وابو حنيفة يقول ان هذه
الاشياء مما يتغذى بها ويتداوى بها فاوجب قصورا في معنى التفكه للاستعمال في حاجة
البقاء ولهذا كان اليابس منها من التوابل او من الاقوات ولو حلف لا ياتدم فكل شيء
اصطبغ به فهو ادام والشواء ليس بادام والملح ادام وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد ما يؤكل مع الخبز غالبا فهو ادام وهو رواية عن ابي يوسف لان الادام من
المؤادمة وهي الموافقة وكل ما يؤكل مع الخبز موافق له كاللحم والبيض ونحوه ولهما
ان الادام ما يؤكل تبعا والتبعية في الاختلاط حقيقة ليكون قائما به وفي ان لا
يؤكل على الانفراد حكما وتمام الموافقة في الامتزاج ايضا والخل وغيره من المائعات

لا يؤكل وحدها بل تشرب والملح لا يؤكل بانفراده عادة ولأنه يذوب فيكون تبعا بخلاف
اللحم وما يضاهيه لأنه يؤكل وحده إلا أن ينويه لما فيه من التشديد والعنب والبطيخ
ليس بإدام هو الصحيح. وإذا حلف لا يتغدى فالغداء الأكل من طلوع الفجر إلى الظهر و
العشاء من صلاة الظهر إلى نصف الليل لأن ما بعد الزوال يسمى عشيا ولهذا تسمى الظهر
إحدى صلاتي العشاء في الحديث والسحور من نصف الليل إلى طلوع الفجر لأنه مأخوذ
من السحر ويطلق على ما يقرب منه ثم الغداء والعشاء ما يقصد به الشبع عادة وتعتبر
عادة أهل كل بلدة في حقهم ويشترط أن يكون أكثر من نصف الشبع. ومن قال إن لبست
أو أكلت أو شربت فعبدي حر وقال عنيت شيئا دون شيء لم يدين في القضاء و
غيره لأن النية إنما تصح في الملفوظ والثوب وما يضاهيه غير مذكور تنصيصا والمقتضى
لا عموم له فلغت نية التخصيص فيه. وإن قال إن لبست ثوبا أو أكلت طعاما أو شربت
شرابا لم يدين في القضاء خاصة لأنه نكرة في محل الشرط فتعم فعملت نية التخصيص فيه
إلا أنه خلاف الظاهر فلا يدين في القضاء. ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها
بإناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعا عند أبي حنيفة وقالا إذا شرب بإناء يحنث لأنه
المتعارف المفهوم. وله أن كلمة من للتبعيض وحقيقته في الكرع وهي مستعملة ولهذا يحنث
بالكرع إجماعا فمنعت المصير إلى المجاز وإن كان متعارفا. وإن حلف لا يشرب من ماء
دجلة فشرب منها بإناء حنث لأنه بعد الاغتراف بقي منسوبا إليه وهو الشرط فصار
كما إذا شرب من نهر يأخذ من دجلة. ومن قال إن لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم
فامرأته طالق وليس في الكوز ماء لم يحنث فإن كان فيه ماء فأهريق قبل الليل لم يحنث
وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف حنث في ذلك كله يعني إذا مضى اليوم وعلى
هذا الخلاف إذا كان اليمين بالله تعالى. وأصله أن من شرط انعقاد اليمين وبقائه
التصور عندهما خلافا لأبي يوسف لأن اليمين إنما تعقد للبر فلا بد من تصور البر
ليمكن إيجابه وله أنه أمكن القول بانعقاده موجبا يظهر في حق الخلف وهو الكفارة
قلنا لا بد من تصور الأصل لتنعقد في حق الخلف ولهذا لا تنعقد الغموس موجبا
للكفارة ولو كانت اليمين مطلقة ففي الوجه الأول لا يحنث عندهما وعند أبي يوسف
يحنث في الحال وفي الوجه الثاني يحنث في قولهم جميعا فأبو يوسف فرق بين المطلق
والموقت ووجه الفرق أن التوقيت للتوسعة فلا يجب الفعل إلا في آخر الوقت فلا يحنث
قبله وفي المطلق يجب البر كما فرغ وقد عجز فيحنث في الحال وهما فرقا بينهما وجه

وجه الفرق أن في المطلق يجب البر كما فرغ فإذا فات البر بفوات ما عقد عليه اليمين يحنث
في اليمين كما إذا مات الحالف والماء باق أما في الموقت يجب البر في الجزء الأخير
من الوقت وعند ذلك لم يبق محلية البر لعدم التصور فلا يجب البر وتبطل اليمين
كما إذا عقده ابتداء في هذه الحالة. ومن حلف ليصعدن السماء أو ليقلبن هذا
الحجر ذهبا انعقدت يمينه وحنث عقيبها وقال زفر لا تنعقد لأنه مستحيل عادة
فأشبه المستحيل حقيقة فلا ينعقد ولنا أن البر متصور حقيقة لأن الصعود إلى السماء
ممكن حقيقة ألا ترى أن الملائكة يصعدون إليها وكذا تحول الحجر ذهبا بتحويل الله تعالى
وإذا كان متصورا تنعقد اليمين موجبا لخلفه ثم يحنث بحكم العجز الثابت عادة كما
إذا مات الحالف فإنه يحنث مع احتمال إعادة الحياة بخلاف مسألة الكوز لأن شرب
الماء الذي في الكوز وقت الحلف ولا ماء فيه لا يتصور فلم ينعقد.

باب اليمين في الكلام

ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع إلا أنه نائم حنث لأنه
قد كلمه ووصل إلى سمعه لكنه لم يفهم لنومه فصار كما إذا ناداه وهو بحيث يسمع لكنه
لم يفهم لتغافله. وفي بعض روايات المبسوط شرط أن يوقظه وعليه مشايخنا رحمهم الله
لأنه إذا لم ينتبه كان كما إذا ناداه من بعيد وهو بحيث لا يسمع صوته. ولو حلف أن لا يكلمه
إلا بإذنه فأذن له ولم يعلم بالإذن حتى كلمه حنث لأن الإذن مشتق من الأذان
الذي هو الإعلام أو من الوقوع في الأذن وكل ذلك لا يتحقق إلا بالسماع وقال
أبو يوسف لا يحنث لأن الإذن هو الإطلاق وإنه يتم بالآذن كالرضا قلنا الرضا
من أعمال القلب ولا كذلك الإذن على ما مر. وإن حلف لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف
لأنه لو لم يذكر الشهر تتأبد اليمين فذكر الشهر لإخراج ما وراءه فبقي الذي يلي يمينه
داخلا عملا بدلالة حاله بخلاف ما إذا قال والله لأصومن شهرا لأنه لو لم يذكر
الشهر لا تتأبد اليمين فكان ذكره لتقدير الصوم به وأنه منكر فالتعيين إليه. وإن
حلف لا يتكلم فقرأ القرآن في صلاته لم يحنث وإن قرأ في غير صلاته حنث وعلى هذا
التسبيح والتهليل والتكبير والقياس أن يحنث فيهما وهو قول الشافعي لأنه كلام حقيقة
ولنا أنه في الصلاة ليس بكلام عرفا ولا شرعا قال عليه السلام إن صلاتنا
هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس وقيل في عرفنا لا يحنث في غير الصلاة أيضا
لأنه لا يسمى متكلما بل قارئا ومسبحا. ولو قال يوم أكلم فلانا فامرأته طالق فهو
على الليل والنهار لأن اسم اليوم إذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال

الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والكلام لا يمتد وان عنى النهار خاصة دين في القضاء
لانه مستعمل فيه ايضا وعن ابي يوسف انه لا يدين في القضاء لانه خلاف المتعارف ولو قال لا
ليلة اكلم فلانا فهو على الليل خاصة لانه حقيقة في سواد الليل كالنهار للبياض خاصة
وما جاء استعماله في مطلق الوقت ولو قال ان كلمت فلانا الا ان يقدم فلان او
قال حتى يقدم فلان او قال الا ان ياذن فلان او حتى ياذن فلان فامرأته طالق فكلمه قال م
قبل القدوم والاذن حنث ولو كلمه بعد القدوم والاذن لم يحنث لانه غاية
واليمين باقية قبل الغاية ومنتهية بعدها فلا يحنث بالكلام بعد انتهاء اليمين وان مات
فلان سقطت اليمين خلافا لابي يوسف لان الممنوع عنه كلام ينتهي بالاذن والقدوم و
لم يبق بعد الموت متصور الوجود فسقطت اليمين وعنده التصور ليس بشرط فعند سقوط
الغاية تتابد اليمين ومن حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبدا بعينه او امرأة فلان او صديق
فلان فباع فلان عبده او بانت منه امرأته او عادى صديقه فكلمهم لم يحنث لانه عقد يمينه
على فعل واقع في محل مضاف الى فلان اما اضافة ملك او اضافة نسبة ولم يوجد فلا يحنث
قال هذا في اضافة الملك بالاتفاق وفي اضافة النسبة عند محمد يحنث كالمرأة والصديق
قال في الزيادات لان هذه الاضافة للتعريف لان المرأة والصديق مقصود بالهجران
فلا يشترط دوامها فتعلق الحكم بعينه كما في الاشارة وجه ما ذكر هنا وهو رواية الجامع
الصغير انه يحتمل ان يكون غرضه هجرانه لاجل المضاف اليه ولهذا لم يعينه فلا يحنث بعد زوال
الاضافة بالشك وان كانت يمينه على عبد بعينه بان قال عبد فلان هذا او امرأة فلان
بعينها او صديق فلان بعينه لم يحنث في العبد وحنث في المرأة والصديق وهذا قول ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد يحنث في العبد ايضا وهو قول زفر وان حلف لا يدخل دار فلان هذه
فباعها ثم دخلها فهو على الاختلاف وجه قول محمد وزفر ان الاضافة للتعريف و
الاشارة ابلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة فاعتبرت ولغت الاضافة وصار كالصديق
والمرأة ولهما ان الداعي الى اليمين معنى في المضاف اليه لان هذه الاعيان لا تهجر
ولا تعادى لذواتها وكذا العبد لسقوط منزلته بل المعنى في ملاكها فتتقيد اليمين
بحال قيام الملك بخلاف ما اذا كانت الاضافة اضافة نسبة كالصديق والمرأة لانه
يعادى لذاته فكانت الاضافة للتعريف والداعي لمعنى في المضاف اليه غير ظاهر لعدم التعيين
بخلاف ما تقدم وان حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه ثم كلمه حنث لان هذه الاضافة
لا تحتمل الا التعريف لان الانسان لا يعادى لمعنى في الطيلسان فصار كما اذا اشار اليه

ومن

ومن حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه وقد صار شيخا حنث لان الحكم تعلق بالمشار اليه اذ الصفة
في الحاضر لغو وهذه الصفة ليست بداعية الى اليمين على ما مر من قبل **فصل** ومن حلف
لا يكلمه حينا او زمانا او الحين او الزمان فهو على ستة اشهر لان الحين قد يراد به الزمان
القليل وقد يراد به اربعون سنة قال الله تعالى هل اتى على الانسان حين من الدهر
وقد يراد به ستة اشهر قال الله تعالى تؤتي اكلها كل حين وهذا هو الوسط فينصرف اليه
وهذا لان اليسير لا يقصد بالمنع لوجود الامتناع فيه عادة والمؤبد لا يقصد غالبا لانه
بمنزلة الابد ولو سكت عنه يتأبد فتعين ما ذكرنا وكذا الزمان يستعمل استعمال الحين يقال
ما رأيتك منذ حين ومنذ زمان بمعنى وهذا اذا لم يكن له نية اما اذا نوى شيئا فهو على ما نوى
لانه حقيقة كلامه قال وكذلك الدهر عند ابي يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة الدهر لا ادري
ما هو وهذا الاختلاف في المنكر هو الصحيح اما المعرف بالالف واللام يراد به الابد عرفا
لهما ان دهرا يستعمل استعمال الحين يقال ما رأيتك منذ دهر ومنذ حين بمعنى وابو حنيفة توقف
في تقديره لان اللغات لا تدرك قياسا والعرف لم يعرف استمراره لاختلاف في الاستعمال
ولو حلف لا يكلمه اياما فهو على ثلاثة ايام لانه اسم جمع ذكر منكرا فيتناول اقل الجمع وهو الثلاث
وان حلف لا يكلمه الايام فهو على عشرة ايام عند ابي حنيفة وقالا على ايام الاسبوع
ولو حلف لا يكلمه الشهور فهو على عشرة اشهر عنده وعندهما على اثني عشر شهرا لان اللام للمعهود
وهو ما ذكرنا لانه يدور عليها وله انه جمع معرف فينصرف الى اقصى ما يذكر بلفظ الجمع وذلك
عشرة وكذا الجواب عنده في الجمع والسنين وعندهما ينصرف الى العمر لانه لا معهود دونه ومن
قال لعبده ان خدمتني اياما كثيرة فانت حر فالايام الكثيرة عند ابي حنيفة عشرة ايام لانه
عليها نـ اكثر ما يتناوله اسم الايام وقالا سبعة ايام لان ما زاد عليها تكرار وقيل لو كان اليمين ينصرف م
بالفارسية ينصرف الى سبعة لانه يذكر بلفظ الفرد دون الجمع **باب اليمين في العتق والطلاق**
ومن قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت وكذلك اذا قال
لامته اذا ولدت ولدا فانت حرة لان الموجود مولود فيكون ولدا حقيقة ويسمى في العرف
ولدا ويعتبر ولدا في الشرع حتى تنقضي به العدة والدم بعده نفاس وامه ام ولد فيتحقق
الشرط وهو ولادة الولد ولو قال اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم آخر حيا
عتق الحي وحده عند ابي حنيفة وقالا لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت
على ما بينا فتنحل اليمين لا الى جزاء لان الميت ليس بمحل للحرية وهي الجزاء ولابي حنيفة ان الولد م
مطلق اسم الولد مقيد بوصف الحياة لانه قصد اثبات الحرية جزاء وهي قوة حكمية تظهر في دفع

تسلط العتق ولا يثبت في الميت فيتقيد بوصف الحياة كما اذا قال اذا ولدت ولدا حيا بخلاف
جزاء الطلاق وحرية الام لانه لا يصلح مقيدا واذا قال اول عبد اشتريه فهو حر فاشترى
عبدا عتق لان الاول اسم لسابق فرد فان اشترى عبدين معا ثم آخر لم يعتق واحد منهم
لانعدام التفرد في الاولين والسبق في الثالث فانعدمت الاولية وان كان قال اول عبد
اشتريه وحده فهو حر عتق الثالث لانه يراد به التفرد في حالة الشراء لان وحده للحال
لغة والثالث سابق في هذا الوصف وان قال آخر عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا ومات
لم يعتق لان الآخر فرد لاحق ولا سابق له فلا يكون لاحقا ولو اشترى عبدا ثم عبدا
ثم مات عتق الآخر لانه فرد لاحق فاتصف بالآخرية ويعتق يوم اشتراه عند ابي حنيفة
ويعتبر من جميع المال وقالا لا يعتق يوم مات حتى يعتبر من الثلث لان الآخرية لا تثبت الا
بعدم شراء غيره بعده وذلك يتحقق بالموت فكان الشرط متحققا عند الموت فيقتصر عليه
ولابي حنيفة ان الموت معرف فاما الاتصاف بالآخرية فمن وقت الشراء فيثبت مستندا
وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلث به وفائدته تظهر في جريان الارث وعدمه
ومن قال كل عبد بشرني بولادة فلانة فهو حر فبشره ثلثة متفرقين عتق الاول لان
البشارة اسم لخبر يغير بشرة الوجه ويشترط كونه سارا في العرف وهذا انما يتحقق من الاول
وان بشروه معا عتقوا لانها تحققت من الكل ولو قال ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه
ينوي به كفارة يمينه لم يجزه لان الشرط قران النية بعلة العتق وهي اليمين فاما الشراء
فشرطه وان اشترى اباه ينوي به عن كفارة يمينه اجزاه عندنا خلافا لزفر والشافعي لهما
ان الشراء شرط العتق فاما العلة فهي القرابة وهذا لان الشراء اثبات الملك والاعتاق
ازالته وبينهما منافاة ولنا ان شراء القريب اعتاق لقوله عليه السلام لن يجزي ولد والده
الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه جعل نفس الشراء اعتاقا لانه لا يشترط غيره
وصار نظير قوله سقاه فارواه ولو اشترى ام ولده لم يجزه ومعنى هذه المسألة ان يقول
لامة قد استولدها بالنكاح ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني ثم اشتراها فانها
تعتق لوجود الشرط ولا يجزيه عن الكفارة لان حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا تضاف
الى اليمين من كل وجه بخلاف ما اذا قال لقنة ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني حيث يجزيه
عنها اذا اشتراها لان حريتها غير مستحقة بجهة اخرى فلم تختل الاضافة الى اليمين وقد قارنته
النية ومن قال ان تسريت جارية فهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكه عتقت لان اليمين
انعقدت في حقها لمصادفتها الملك وهذا لان الجارية منكرة في هذا الشرط فتتناول

كل جارية على الانفراد وان اشترى جارية فتسراها لم تعتق خلافا لزفر فانه يقول
التسري لا يصح الا في الملك فكان ذكره ذكرا للملك وصار كما اذا قال لاجنبية ان طلقتك
فعبدي حر يصير التزوج مذكورا ولنا ان الملك يصير مذكورا ضرورة صحة التسري
وهو شرط فيتقدر بقدره ولا يظهر في حق صحة الجزاء وهو الحرية وفي مسئلة الطلاق
انما يظهر في حق الشرط دون الجزاء حتى لو قال لها ان طلقتك فانت طالق ثلثا
فتزوجها وطلقها واحدة لا تطلق ثلثا فهذه وزان مسئلتنا ومن قال كل مملوك لي حر
تعتق امهات اولاده ومدبروه وعبيده لوجود الاضافة المطلقة في هؤلاء اذ الملك
ثابت فيهم رقبة ويدا ولا يعتق مكاتبوه الا ان ينويهم لان الملك غير ثابت فيهم يدا
ولهذا لا يملك اكسابه ولا يحل له وطي المكاتبة بخلاف ام الولد والمدبرة فاختلت
الاضافة فلا بد من النية ومن قال لنسوة له هذه طالق او هذه وهذه طلقت الاخيرة
وله الخيار في الاوليين لان كلمة او لاثبات احد المذكورين وقد ادخلها بين
الاوليين ثم عطف الثالثة على المطلقة لان العطف للمشاركة في الحكم فيختص بمحله
فصار كما اذا قال احديكما طالق وهذه وكذا اذا قال لعبيده هذا حر او هذا وهذا
عتق الاخير وله الخيار في الاوليين لما بينا

باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك

ومن حلف لا يبيع او لا يشتري او لا يؤاجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث لان
العقد وجد من العاقد حتى كانت الحقوق عليه ولهذا لو كان العاقد هو الحالف
يحنث في يمينه فلم يوجد ما هو الشرط وهو العقد من الآمر وانما الثابت له حكم العقد
الا ان ينوي ذلك لان فيه تشديدا او يكون الحالف ذا سلطان لا يتولى العقد
بنفسه لانه يمنع نفسه عما يعتاده ومن حلف لا يتزوج او لا يطلق او لا يعتق فوكل
بذلك حنث لان الوكيل في هذا سفير ومعبر ولهذا لا يضيفه الى نفسه بل الى الآمر
وحقوق العقد ترجع الى الآمر لا اليه ولو قال عنيت ان لا اتكلم به لم يدين في القضاء
خاصة وسنشير الى المعنى في الفرق ولو حلف لا يضرب عبده او لا يذبح شاته فامر
غيره ففعل يحنث في يمينه لان المالك له ولاية ضرب عبده وذبح شاته فيملك توليته
غيره ثم منفعته راجعة الى الآمر فيجعل هو مباشرا اذ لا حقوق له ترجع الى المأمور ولو
قال عنيت ان لا افعل ذلك بنفسي دين في القضاء بخلاف ما تقدم من الطلاق وغيره
ووجه الفرق ان الطلاق ليس الا تكلم بكلام يفضي الى وقوع الطلاق عليها والامر
بذلك مثل التكلم به واللفظ ينتظمهما فاذا نوى التكلم به فقد نوى الخصوص في العام

فيدين ديانة لا قضاء. أما الضرب والذبح فعل حسي يعرف بأثره والنسبة إلى الآمر
بالتسبيب مجاز فإذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى الحقيقة فيصدق ديانة وقضاء.
ومن حلف لا يضرب ولده فأمر إنسانا فضربه لم يحنث في يمينه لأن منفعة ضرب الولد
عائدة إليه وهو التأدب والتثقف فلم ينسب فعله إلى الآمر بخلاف الأمر بضرب العبد
لأن منفعة الائتمار عائدة إلى الآمر فيضاف الفعل إليه. ومن قال لآخر إن بعت لك بامره م
هذا الثوب فامرأته طالق فدس المحلوف عليه ثوبه في ثياب الحالف فباعه ولم يعلم
لم يحنث لأن حرف اللام دخل على البيع فيقتضي اختصاصه به وذلك بأن يفعله بأمره
إذ البيع تجري فيه النيابة ولم يوجد بخلاف ما إذا قال إن بعت ثوبا لك حيث يحنث
إذا باع ثوبا مملوكا له سواء كان بأمره أو بغير أمره علم بذلك أو لم يعلم لأن حرف اللام
دخل على العين لأنه أقرب إليه فيقتضي اختصاصه به وذلك بأن يكون مملوكا له
ونظيره الصياغة والخياطة وكل ما تجري فيه النيابة بخلاف الأكل والشرب وضرب
الغلام لأنه لا يحتمل النيابة فلا يفترق الحكم فيه في الوجهين. ومن قال هذا العبد حر
إن بعته فباعه على أنه بالخيار عتق لوجود الشرط وهو البيع والملك فيه قائم فينزل
الجزاء. وكذلك لو قال المشتري إن اشتريته فهو حر فاشتراه على أنه بالخيار يعتق
أيضا لأن الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه وهذا على أصلهما ظاهر وكذا
على أصله لأن هذا العتق يتعلق بالمعلق كالمنجز ولو نجز العتق يثبت الملك سابقا
عليه فكذا هذا. ومن قال إن لم أبع هذا العبد وهذه الأمة فامرأته طالق فأعتق أو
دبر طلقت امرأته لأن الشرط قد تحقق وهو عدم البيع لفوات محلية البيع. وإذا قالت
المرأة لزوجها تزوجت علي فقال كل امرأة لي طالق ثلاثا طلقت هذه التي حلفته
في القضاء. وعن أبي يوسف لا تطلق لأنه أخرجه جوابا فينطبق عليه ولأن غرضه الهام م
إرضاؤها وهو بطلاق غيرها فيتقيد به. وجه الظاهر عموم الكلام وقد زاد
على حرف الجواب فيجعل مبتدأ وقد يكون غرضه إيحاشها حين اعترضت عليه فيما أحله
الشرع ومع التردد لا يصلح مقيدا ولو نوى غيرها يصدق ديانة لا قضاء لأنه
تخصيص العام.

باب اليمين في الحج والصلاة والصوم

ومن قال وهو في الكعبة أو في غيرها
علي المشي إلى بيت الله أو إلى الكعبة فعليه حجة أو عمرة ماشيا وإن شاء ركب وأهراق دما
وفي القياس لا يلزمه شيء لأنه التزم ما ليس بقربة واجبة ولا مقصودة في الأصل
ومذهبنا مأثور عن علي رضي الله عنه ولأن الناس تعارفوا إيجاب الحج والعمرة

بهذا

بهذا اللفظ فصار كما إذا قال علي زيارة البيت ماشيا فيلزمه ماشيا وإن شاء ركب
وأهراق دما وقد ذكرناه في المناسك. ولو قال علي الخروج أو الذهاب إلى بيت الله
فلا شيء عليه لأن التزام الحج والعمرة بهذا اللفظ غير متعارف. ولو قال علي المشي إلى
الحرم أو إلى الصفا والمروة فلا شيء عليه وهذا عند أبي حنيفة وقالا في قوله علي
المشي إلى الحرم حجة أو عمرة ولو قال إلى المسجد الحرام فهو على هذا الاختلاف لهما أن الحرم
شامل على البيت وكذا المسجد الحرام فصار ذكره كذكره بخلاف الصفا والمروة لأنهما
منفصلان عنه وله أن التزام الإحرام بهذه العبارة غير متعارف ولا يمكن إيجابه
باعتبار حقيقة اللفظ فامتنع أصلا. ومن قال عبدي حر إن لم أحج العام فقال حججت
فشهد شاهدان أنه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف
وقال محمد يعتق لأن هذه شهادة قامت على أمر معلوم وهو التضحية فيتحقق الشرط ومن ضرورته انتفاء الحج م
ولهما أنها قامت على النفي لأن المقصود منها نفي الحج لا إثبات التضحية لأنه لا مطالب
لها فصار كما إذا شهدوا أنه لم يحج العام غاية الأمر أن هذا النفي مما يحيط علم الشاهد به
لكنه لا يميز بين نفي ونفي تيسيرا. ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم وصام ساعة ثم
أفطر من يومه حنث لوجود الشرط إذ الصوم هو الإمساك عن المفطرات على قصد
التقرب. ولو حلف لا يصوم يوما أو صوما فصام ساعة ثم أفطر لا يحنث لأنه يراد به
الصوم التام المعتبر شرعا وذلك بإنهائه إلى آخر اليوم واليوم صريح في تقدير المدة
ولو حلف لا يصلي فقام وقرأ وركع لم يحنث وإن سجد مع ذلك ثم قطع حنث
والقياس أن يحنث بالافتتاح اعتبارا بالشروع في الصوم. وجه الاستحسان أن الصلاة عبارة عن بالشروع م
الأركان المختلفة فما لم يأت بجميعها لا تسمى صلاة بخلاف الصوم لأنه ركن واحد وهو
الإمساك ويتكرر في الجزء الثاني. ولو حلف لا يصلي صلاة لا يحنث ما لم يصل ركعتين بالجزء م
لأنه يراد به الصلاة المعتبرة شرعا وأقلها ركعتان للنهي عن البتيراء والله أعلم

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

ومن قال لامرأته إن لبست من غزلك
فهو هدي فاشترى قطنا فغزلته ونسجته فلبسه فهو هدي عند أبي حنيفة وقالا
ليس عليه أن يهدي حتى تغزله من قطن ملكه يوم حلف ومعنى الهدي التصدق به بمكة لأنه
اسم لما يهدى إليها لهما أن النذر إنما يصح في الملك أو مضافا إلى سبب الملك ولم يوجد
لأن اللبس وغزل المرأة ليسا من أسباب ملكه وله أن غزل المرأة عادة يكون من قطن
الزوج والمعتاد هو المراد وذلك سبب لملكه ولهذا يحنث من قطن مملوك له لأن القطن

اذا غزلت م

النذر م

لم يعتبر من كذا ومن حلف لا يلبس حليا فلبس خاتم فضة لم يحنث لأنه ليس بحلي عرفا ولا شرعا
حتى أبيح استعماله للرجال والتختم به لقصد الختم وإن كان من ذهب حنث لأنه حلي ولهذا
لا يحل استعماله للرجال ولو لبس عقد لؤلؤ غير مرصع لا يحنث عنده وعندهما يحنث لأنه
حلي حقيقة حتى سمي به في القرآن وله أنه لا يتحلى به عرفا إلا مرصعا ومبنى الأيمان على العرف
وقيل هذا اختلاف عصر وزمان ويفتى بقولهما لأن التحلي به على الانفراد معتاد ولو حلف
لا ينام على فراش فنام عليه وفوقه قرام حنث لأنه تبع للفراش فيعد نائما عليه وإن جعل
فوقه فراشا آخر فنام عليه لا يحنث لأن مثل الشيء لا يكون تبعا له فقطع النسبة عن الأول
ولو حلف على الأرض فجلس على بساط أو حصير لم يحنث لأنه لا يسمى جالسا على الأرض
بخلاف ما إذا حال بينه وبين الأرض لباسه لأنه تبع له فلا يعتبر حائلا ولو حلف لا
يجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط أو حصير حنث لأنه يعد جالسا عليه والجلوس
على السرير في العادة كذلك بخلاف ما إذا جعل فوقه سريرا آخر لأنه مثل الأول فقطع النسبة عنه

باب اليمين في الضرب والقتل وغيره

ومن قال إن ضربتك فعبدي حر فهو على
الحياة لأن الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن والإيلام لا يتحقق في الميت ومن يعذب
في القبر يوضع فيه الحياة في قول العامة وكذلك الكسوة لأنه يراد به التمليك عند الإطلاق
ومنه الكسوة في الكفارة وهو من الميت لا يتحقق إلا أن ينوي به الستر وقيل بالفارسية
ينصرف إلى اللبس وكذا الكلام والدخول لأن المقصود من الكلام الإفهام والموت
ينافيه والمراد من الدخول عليه زيارته وبعد الموت يزار قبره لا هو ولو قال إن غسلتك
فعبدي حر فغسله بعدما مات يحنث لأن الغسل هو الإسالة ومعناه التطهير ويتحقق ذلك في
الميت ومن حلف لا يضرب امرأته فمد شعرها أو خنقها أو عضها حنث لأنه اسم لفعل مؤلم
وقد تحقق الإيلام وقيل لا يحنث في حال الملاعبة لأنه يسمى ممازحة لا ضربا ومن قال
إن لم أقتل فلانا فامرأته طالق وفلان ميت وهو عالم به حنث لأنه عقد يمينه على حياة
يحدثها الله تعالى فيه وهو متصور فينعقد ثم يحنث للعجز العادي وإن لم يعلم لم يحنث لأنه عقد
يمينه على حياة كانت فيه ولا تتصور فيصير قياس مسألة الكوز على الاختلاف وليس في تلك
المسألة تفصيل العلم هو الصحيح

باب اليمين في تقاضي الدراهم

ومن حلف ليقضين
دينه إلى قريب فهو ما دون الشهر وإن قال إلى بعيد فهو أكثر من الشهر لأن ما دونه
يعد قريبا والشهر وما زاد عليه يعد بعيدا ولهذا يقال عند بعد العهد ما لقيتك منذ
شهر ومن حلف ليقضين فلانا دينه اليوم فقضاه ثم وجد فلان بعضها زيوفا أو نبهرجة

أو مستحقة لم يحنث الحالف لأن الزيافة عيب والعيب لا يعدم الجنس ولهذا لو تجوز به
صار مستوفيا فوجد شرط البر وقبض المستحقة صحيح ولا يرتفع برده البر المتحقق وإن
وجدها رصاصا أو ستوقة حنث لأنهما ليسا من جنس الدراهم حتى لا يجوز التجوز بهما في الصرف
والسلم وإن باعه بها عبدا وقبضه بر في يمينه لأن قضاء الدين طريقه المقاصة وقد
تحققت بمجرد البيع فكأنه شرط القبض ليتقرر به وإن وهبها له يعني الدين لم يبر لعدم
المقاصة لأن القضاء فعله والهبة إسقاط من صاحب الدين ومن حلف لا يقبض دينه درهما
دون درهم فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض جميعه لأن الشرط قبض الكل لكنه بوصف التفرق
ألا يرى أنه أضاف القبض إلى دين معرف مضاف إليه فينصرف إلى كله فلا يحنث إلا به
فإن قبض دينه في وزنين ولم يتشاغل بينهما إلا بعمل الوزن لم يحنث وليس ذلك بتفريق
لأنه قد يتعذر قبض الكل دفعة واحدة عادة فيصير هذا القدر مستثنى عنه ومن قال إن
كان لي إلا مائة درهم فامرأته طالق فلم يملك إلا خمسين درهما لم يحنث لأن المقصود منه
عرفا نفي ما زاد على المائة ولأن استثناء المائة استثناؤها بجميع أجزائها وكذلك إذا
قال غير مائة أو سوى مائة لأن كل ذلك أداة الاستثناء

مسائل متفرقة

وإذا حلف لا يفعل كذا تركه أبدا لأنه نفى الفعل مطلقا فعم الامتناع ضرورة عموم
النفي وإن حلف ليفعلن كذا ففعله مرة بر في يمينه لأن الملتزم فعل واحد غير عين
إذ المقام مقام الإثبات فيبر بأي فعل فعله وإنما يحنث بوقوع اليأس عنه وذلك
بموته أو بفوت محل الفعل وإذا استحلف الوالي رجلا ليعلمنه بكل داعر دخل البلد فهو
على حال ولايته خاصة لأن المقصود منه دفع شره أو شر غيره بزجره فلا يفيد فائدته
بعد زوال سلطنته والزوال بالموت وكذا بالعزل في ظاهر الرواية ومن حلف أن
يهب عبده لفلان فوهبه ولم يقبل فقد بر في يمينه خلافا لزفر فإنه يعتبره بالبيع لأنه تمليك
مثله ولنا أنه عقد تبرع فيتم بالمتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل ولأن المقصود
إظهار السماحة وذلك يتم به أما البيع فمعاوضة فاقتضى الفعل من الجانبين ومن حلف
لا يشم ريحانا فشم وردا أو ياسمينا لم يحنث لأنه اسم لما لا ساق له وفيهما ساق ولو
حلف لا يشتري بنفسجا ولا نية له فهو على دهنه اعتبارا للعرف ولهذا يسمى بائعه بائع
البنفسج والشراء يبنى عليه وقيل في عرفنا يقع على الورق فإن حلف على الورد فاليمين
على الورق لأنه حقيقة فيه والعرف مقرر له وفي البنفسج قاض عليه والله أعلم

الداعر الخبث والفساد

كتاب الحدود

الحد لغة هو المنع ومنه الحداد للبواب وفي الشريعة

هي العقوبة المقدرة حقا لله تعالى حتى لا يسمى القصاص حدا لما انه حق العبد ولا التعزير ايضا
لعدم التقدير والمقصود الاصلي من شرعه الانزجار عما يتضرر به العباد والطهارة ليست اصلية
فيه بدليل شرعه في حق الكافر قال الزنا يثبت بالبينة والاقرار والمراد ثبوته عند
الامام لان البينة دليل ظاهر وكذا الاقرار لان الصدق فيه مرجح لا سيما فيما
يتعلق بثبوته مضرة ومعرة والوصول الى العلم القطعي متعذر فيكتفى بالظاهر قال
فالبينة ان تشهد اربعة من الشهود على رجل او امراة بالزنا لقوله تعالى فاستشهدوا
عليهن اربعة منكم وقال تعالى ثم لم ياتوا باربعة شهداء وقال عليه السلام للذي قذف امراته
ائت باربعة يشهدون على صدق مقالتك ولان في اشتراط الاربعة يتحقق معنى الستر
وهو مندوب اليه والاشاعة ضده واذا شهدوا سألهم الامام عن الزنا ما هو وكيف
هو واين زنى ومتى زنى وبمن زنى لان النبي عليه السلام استفسر ماعزا عن الكيفية
وعن المزنية ولان الاحتياط في ذلك واجب لانه عساه غير الفعل في الفرج عناه
او زنى في دار الحرب او في المتقادم من الزمان او كانت له شبهة لا يعرفها هو ولا
الشهود كوطء جارية الابن فيستقصى في ذلك احتيالا للدرء فاذا بينوا ذلك وقالوا
رايناه وطئها في فرجها كالميل في المكحلة وسأل القاضي عنهم فعدلوا في السر والعلانية حكم
بشهادتهم ولم يكتف بظاهر العدالة في الحدود احتيالا للدرء قال عليه السلام ادرؤوا
الحدود ما استطعتم بخلاف سائر الحقوق عند ابي حنيفة وتعديل السر والعلانية نبينه
في الشهادات قال في الاصل يحبسه حتى يسأل عن الشهود للاتهام بالجناية وقد حبس رسول
الله عليه السلام رجلا بالتهمة بخلاف الديون حيث لا يحبس فيها قبل ظهور العدالة وسيأتيك
قال والاقرار ان يقر البالغ العاقل على نفسه بالزنا اربع مرات في اربعة مجالس من مجالس
المقر كلما اقر رده القاضي فاشتراط البلوغ والعقل لان قول الصبي والمجنون غير معتبر او
غير موجب للحد واشتراط الاربع مذهبنا وعند الشافعي يكتفى بالاقرار مرة واحدة اعتبارا
بسائر الحقوق وهذا لانه مظهر وتكرار الاقرار لا يفيد زيادة الظهور بخلاف زيادة
العدد في الشهادة ولنا حديث ماعز فانه عليه السلام اخر الاقامة الى ان تم الاقرار منه اربع
في اربعة مجالس فلو ظهر دونها لما اخرها لثبوت الوجوب ولان الشهادة اختصت فيه بزيادة
العدد فكذا الاقرار اعظاما لامر الزنى وتحقيقا لمعنى الستر ولا بد من اختلاف المجالس لما
روينا ولان لاتحاد المجلس اثرا في جمع المتفرقات فعنده يتحقق شبهة الاتحاد في الاقرار
والاقرار قائم بالمقر فيعتبر اتحاد مجلسه دون القاضي والاختلاف بان يرده القاضي كلما اقر

فيذهب حيث لا يراه ثم يجيء فيقر هو المروي عن ابي حنيفة لانه عليه السلام طرد ماعزا في كل مرة
حتى توارى بحيطان المدينة فاذا تم اقراره اربع مرات ساله عن الزنا ما هو وكيف هو
واين زنى وبمن زنى فاذا بين ذلك لزمه الحد لتمام الحجة ومعنى السؤال عن هذه الاشياء
بيناه في الشهادة ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان وذكره في الشهادة لان تقادم العهد
يمنع الشهادة دون الاقرار وقيل لو ساله جاز لجواز انه زنى في صباه فان رجع المقر
عن اقراره قبل اقامة الحد او في وسطه قبل رجوعه وخلي سبيله وقال الشافعي وهو قول
ابن ابي ليلى يقيم عليه الحد لانه وجب الحد باقراره فلا يبطل برجوعه وانكاره كما اذا
وجب بالشهادة وصار كالقصاص وحد القذف ولنا ان الرجوع خبر محتمل للصدق
كالاقرار وليس احد يكذبه فيه فيتحقق الشبهة في الاقرار بخلاف ما فيه حق العبد وهو القصاص
وحد القذف لوجود من يكذبه ولا كذلك ما هو خالص حق الشرع ويستحب للامام ان يلقن المقر
الرجوع ويقول له لعلك لمست او قبلت لقوله عليه السلام لماعز لعلك لمستها او قبلتها قال
في الاصل وينبغي ان يقول له الامام لعلك تزوجتها او وطئتها بشبهة وهذا قريب من الاول في المعنى

فصل في كيفية الحد واقامته

واذا وجب الحد وكان الزاني محصنا رجمه بالحجارة
حتى يموت لانه عليه السلام رجم ماعزا وقد احصن وقال في الحديث المعروف وزنى بعد احصان
وعلى هذا اجماع الصحابة رضي الله عنهم قال ويخرجه الى ارض فضاء ويبتدئ الشهود
برجمه ثم الامام ثم الناس كذا روي عن علي رضي الله عنه ولان الشاهد قد يتجاسر على
الاداء ثم يستعظم المباشرة فيرجع فكان في بدايته احتيالا للدرء وقال الشافعي لا يشترط
بدايته اعتبارا بالجلد قلنا كل احد لا يحسن الجلد فربما يقع مهلكا والاهلاك غير مستحق
ولا كذلك الرجم لانه اتلاف فان امتنع الشهود من الابتداء سقط الحد لانه دلالة
الرجوع وكذا اذا ماتوا او غابوا في ظاهر الرواية لفوات الشرط وان كان مقرا ابتدأ
الامام ثم الناس كذا روي عن علي رضي الله عنه ورمى رسول الله صلى الله عليه وسلم الغامدية
بحصاة مثل الحمصة وكانت اعترفت بالزنى ويغسل ويكفن ويصلى عليه لقوله عليه السلام
اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم ولانه قتل بحق فلا يسقط الغسل كالمقتول قصاصا وصلى
النبي عليه السلام على الغامدية بعدما رجمت وان لم يكن محصنا وكان حرا فحده مائة جلدة لقوله تعالى
الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة الا انه انتسخ في حق المحصن فبقي في حق
غيره معمولا به قال يامر الامام بضربه بسوط لا ثمرة له ضربا متوسطا لان عليا رضي الله عنه
لما اراد ان يقيم الحد كسر ثمرته والمتوسط بين المبرح وغير المؤلم لافضاء الاول الى الهلاك

وخلو الثاني عن المقصود وهو الانزجار وينزع عنه ثيابه معناه دون الازار لان عليا
رضي الله عنه كان يأمر بالتجريد في الحدود ولان التجريد ابلغ في ايصال الالم اليه
وهذا الحد مبناه على الشدة في الضرب وفي نزع الازار كشف العورة فيتوقاه
ويفرق الضرب على اعضائه لان الجمع في عضو واحد قد يفضي الى التلف والحد زاجر
لا متلف قال الا رأسه ووجهه وفرجه لقوله عليه السلم للذي امره بضرب الحد اتق الوجه
والمذاكير ولان الفرج مقتل والرأس مجمع الحواس وكذا الوجه وهو مجمع المحاسن ايضا
فلا يؤمن فوات شيء منها بالضرب وذلك اهلاك معنى فلا يشرع حدا وقال ابو يوسف يضرب
الرأس ايضا رجع اليه وانما يضرب سوطا لقول ابي بكر رضي الله عنه اضربوا الرأس فان فيه
شيطانا قلنا تأويله انه قال ذلك فيمن ابيح قتله ويقال انه ورد في حربي كان من دعاة
الكفرة والاهلاك فيه مستحق ويضرب في الحدود كلها قائما غير ممدود لقول علي رضي
يضرب الرجال في الحدود قياما والنساء قعودا ولان مبنى اقامة الحد على التشهير
والقيام ابلغ فيه ثم قوله غير ممدود فقد قيل المد ان يلقى على الارض ويمد كما
يفعل في زماننا وقيل ان يمد السوط فيرفعه الضارب فوق رأسه وقيل ان يمده
بعد الضرب وذلك كله لا يفعل لانه زيادة على المستحق وان كان عبدا جلده خمسين
لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت في الاماء ولان الرق
منقص للنعمة فيكون منقصا للعقوبة لان الجناية عند توافر النعم افحش فيكون ادعى الى التغليظ
والرجل والمرأة في ذلك سواء لان النصوص تشملهما غير ان المرأة لا ينزع من ثيابها
الا الفرو والحشو لان في تجريدها كشف العورة والفرو والحشو يمنعان وصول
الالم الى المضروب والستر حاصل بدونهما فينزعان وتضرب جالسة لما روينا ولانه
استر لها وان حفر لها في الرجم جاز لانه عليه السلم حفر للغامدية الى ثندوتها
وحفر علي رضي الله عنه لشراحة الهمدانية وان ترك لا يضره لانه عليه السلم لم يأمر بذلك وهي
مستورة بثيابها والحفر احسن لانه استر ويحفر الى الصدر لما روينا ولا يحفر للرجل
لانه عليه السلم ما حفر لماعز ولان مبنى الاقامة على التشهير في الرجال والربط والامساك
غير مشروع ولا يقيم المولى الحد على عبده الا باذن الامام وقال الشافعي له ان يقيمه
لان له ولاية مطلقة عليه كالامام بل اولى لانه يملك من التصرف فيه ما لا يملكه الامام
فصار كالتعزير ولنا قوله عليه السلم اربع الى الولاة وذكر منها الحدود ولان الحد
حق الله تعالى لان المقصود منها اخلاء العالم عن الفساد ولهذا لا يسقط باسقاط العبد

فيستوفيه من هو نائب عن الشرع وهو الامام او نائبه بخلاف التعزير لانه حق العبد
ولهذا يعزر الصبي وحق الشرع موضوع عنه واحصان الرجم ان يكون حرا عاقلا بالغا
مسلما قد تزوج امرأة نكاحا صحيحا ودخل بها وهما على صفة الاحصان فالعقل
والبلوغ شرط لاهلية العقوبة اذ لا خطاب دونهما وما وراءهما يشترط لتكامل
الجناية بواسطة تكامل النعمة اذ كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها وهذه الاشياء من جلائل
النعم وقد شرع الرجم بالزنا عند استجماعها فيناط به بخلاف الشرف والعلم لان الشرع
ما ورد باعتبارهما ونصب الشرع بالرأي متعذر ولان الحرية ممكنة من النكاح الصحيح
والنكاح الصحيح ممكن من الوطء الحلال والاصابة شبع بالحلال والاسلام يمكنه من نكاح
المسلمة ويؤكد اعتقاد الحرمة فيكون الكل مزجرة عن الزنا والجناية بعد توفر
الزواجر اغلظ والشافعي يخالفنا في اشتراط الاسلام وكذا ابو يوسف في رواية لهما
ما روي انه عليه السلم رجم يهوديين قد زنيا قلنا كان ذلك بحكم التوراة ثم نسخ يؤيده
قوله عليه السلم من اشرك بالله فليس بمحصن والمعتبر في الدخول ايلاج في القبل على وجه
يوجب الغسل وشرط صفة الاحصان فيهما عند الدخول حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة
او المجنونة او الصبية لا يكون محصنا وكذا اذا كان الزوج موصوفا باحدى هذه الصفات
وهي حرة مسلمة عاقلة بالغة لان النعمة بذلك تتكامل اذ الطبع ينفر عن صحبة المجنونة وقلما
يرغب في الصبية لقلة رغبتها فيه وفي المملوكة حذرا عن رق الولد ولا ائتلاف مع
الاختلاف في الدين وابو يوسف يخالفهما في الكافرة والحجة عليه ما ذكرناه وقوله
عليه السلم لا تحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة العبد
قال ولا يجمع في المحصن بين الرجم والجلد لانه عليه السلم لم يجمع ولان الجلد يعرى عن المقصود
مع الرجم لان زجر غيره يحصل بالرجم اذ هو في العقوبة اقصاها وزجره لا يحصل
بعد هلاكه ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي والشافعي يجمع بينهما حدا لقوله عليه السلم
البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ولان فيه حسم باب الزنا لقلة المعارف ولنا
قوله تعالى فاجلدوا جعل الجلد كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء او الى كونه كل
المذكور ولان في التغريب فتح باب الزنا لانعدام الاستحياء من العشيرة ثم فيه
قطع مواد البقاء فربما تتخذ زناها مكسبة وهو من اقبح وجوه الزنا وهذه
الجهة مرجحة لقول علي رضي الله عنه كفى بالنفي فتنة والحديث منسوخ كشطره
وهو قوله عليه السلم الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وقد عرف طريقه في موضعه

قال الا ان يرى الامام ذلك مصلحة فيغربه على قدر ما يرى وذلك تعزير وسياسة لانه قد يفيد
في بعض الاحوال فيكون الراي فيه الى الامام وعليه يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة
رضي الله تعالى عنهم اجمعين واذا زنى المريض وحده الرجم رجم لان الاتلاف مستحق فلا يمتنع
بسبب المرض وان كان حده الجلد لم يجلد حتى يبرأ كيلا يفضي الى الهلاك ولهذا
لا يقام القطع عند شدة الحر والبرد واذا زنت الحامل لم تحد حتى تضع حملها كيلا يؤدي
الى هلاك الولد وهو نفس محترمة وان كان حدها الجلد فحتى تتعالى من نفاسها
اي ترتفع يريد به تخرج منه لان النفاس نوع مرض فيؤخر الى زمان البرء بخلاف الرجم
لان التاخير لاجل الولد وقد انفصل وعن ابي حنيفة انه يؤخر الى ان يستغني ولدها عنها
اذا لم يكن احد يقوم بتربيته لان في التاخير صيانة الولد عن الضياع وقد روي انه
عليه السلام قال للغامدية بعدما وضعت ارجعي حتى يستغني ولدك ثم الحبلى تحبس الى ان تلد
ان كان الحد ثابتا بالبينة كيلا تهرب بخلاف الاقرار لان الرجوع عنه عامل فلا يفيد
الحبس

باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه

قال الوطء الموجب للحد هو الزنى
وانه في عرف الشرع واللسان وطء الرجل المراة في القبل في غير الملك وشبهة الملك لانه فعل
محظور والحرمة على الاطلاق عند التعري عن الملك وشبهته يؤيد ذلك قوله عليه السلام
ادرؤا الحدود بالشبهات ثم الشبهة نوعان شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه وشبهة
في المحل وتسمى شبهة حكمية فالاولى تتحقق في حق من اشتبه عليه لان معناه ان يظن غير
الدليل دليلا ولا بد من الظن ليتحقق الاشتباه والثانية تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة
في ذاته ولا يتوقف على ظن الجاني واعتقاده والحد يسقط بالنوعين لاطلاق الحديث
والنسب يثبت في الثانية اذا ادعى الولد ولا يثبت في الاولى وان ادعاه لان الفعل
تمحض زنى في الاولى وان سقط الحد لامر راجع اليه وهو اشتباه الامر عليه ولم يتمحض
في الثانية فشبهة الفعل في ثمانية مواضع جارية ابيه وامه وزوجته والمطلقة ثلاثا
وهي في العدة وبائنا بالطلاق على مال وهي في العدة وام ولد اعتقها المولى
وهي في العدة وجارية المولى في حق العبد والجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية
كتاب الحدود والمستعير للرهن في هذا بمنزلة المرتهن ففي هذه المواضع لا حد اذا
قال ظننت انها تحل لي ولو قال علمت انها علي حرام وجب الحد والشبهة في المحل في ستة
مواضع جارية ابنه والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات والجارية المبيعة في حق البائع
قبل التسليم والممهورة في حق الزوج قبل القبض والمشتركة بينه وبين غيره والمرهونة

في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن ففي هذه المواضع لا يجب الحد وان قال علمت انها علي
حرام ثم الشبهة عند ابي حنيفة رح تثبت بالعقد وان كان متفقا على تحريمه وهو عالم به وعند
الباقين لا تثبت اذا علم بتحريمه ويظهر ذلك في نكاح المحارم على ما ياتيك اذا عرفنا
هذا قال ومن طلق امراته ثلاثا ثم وطئها في العدة وقال علمت انها علي حرام حد
لزوال الملك المحلل من كل وجه فيكون الشبهة منتفية وقد نطق الكتاب بانتفاء الحل
وعلى ذلك الاجماع ولا يعتبر قول المخالف فيه لانه خلاف لا اختلاف ولو قال
ظننت انها تحل لي لا يحد لان الظن في موضعه لان اثر الملك قائم في حق النسب والحبس
والنفقة فاعتبر ظنه في اسقاط الحد وام الولد اذا اعتقها مولاها والمختلعة
والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلاث لثبوت الحرمة بالاجماع وقيام بعض الاثار
في العدة ولو قال لها انت خلية او برية او امرك بيدك فاختارت نفسها ثم وطئها
في العدة وقال علمت انها علي حرام لم يحد لاختلاف الصحابة رضوان الله تعالى عليهم اجمعين
فيه فمن مذهب عمر رضي الله عنه انها تطليقة رجعية وكذا الجواب في سائر الكنايات
وكذا اذا نوى ثلاثا لقيام الاختلاف مع ذلك ولا حد على من وطئ جارية ولده
وولد ولده وان قال علمت انها علي حرام لان الشبهة حكمية لانها نشات عن دليل وهو قوله
عليه السلام انت ومالك لابيك والابوة قائمة في حق الجد قال ويثبت النسب منه وعليه قيمة
الجارية وقد ذكرناه واذا وطئ جارية ابيه او امه او زوجته وقال ظننت انها تحل لي
فلا حد عليه ولا على قاذفه وان قال علمت انها علي حرام حد وكذا العبد اذا وطئ جارية
مولاه لان بين هؤلاء انبساطا في الانتفاع فظنه في الاستمتاع فكان شبهة اشتباه
الا انه زنى حقيقة فلا يحد قاذفه وكذا اذا قالت الجارية ظننت انه يحل لي والفحل لم
يدع في الظاهر لان الفعل واحد وان وطئ جارية اخيه او عمه وقال ظننت انها تحل لي
حد لانه لا انبساط في المال فيما بينهما وكذا سائر المحارم سوى الولاد لما بينا ومن زفت
اليه غير امراته وقالت النساء انها زوجتك فوطئها لا حد عليه وعليه المهر قضى بذلك
علي رضي الله عنه وبالعدة ولانه اعتمد دليلا وهو الاخبار في موضع الاشتباه اذ الانسان
لا يميز بين امراته وبين غيرها في اول الوهلة فصار كالمغرور ولا يحد قاذفه الا في
رواية عن ابي يوسف لان الملك منعدم حقيقة ومن وجد امراة على فراشه فوطئها فعليه
الحد لانه لا اشتباه بعد طول الصحبة فلم يكن الظن مستندا الى دليل وهذا لانه قد ينام
على فراشها غيرها من المحارم التي في بيتها وكذا اذا كان اعمى لانه يمكنه التمييز بالسؤال

وغيره الا اذا ادعاها فاجابته اجنبية وقالت انا زوجتك فواقعها لان الاخبار دليل
ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها فوطئها لم يجب عليه الحد عند ابي حنيفة ولكن يوجع عقوبة
اذا كان علم بذلك وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي عليه الحد اذا كان عالما بذلك
لانه عقد لم يصادف محله فيلغو كما اذا اضيف الى الذكور وهذا لان محل التصرف
ما يكون محلا لحكمه وحكمه الحل وهي من المحرمات ولابي حنيفة ان العقد صادف محله لان محل التصرف
ما يقبل مقصوده والانثى من بنات آدم قابلة للتوالد وهو المقصود وكان ينبغي
ان ينعقد في حق جميع الاحكام الا انه تقاعد عن افادة حقيقة الحل فيورث الشبهة لان
الشبهة ما يشبه الثابت لا نفس الثابت الا انه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر فيعزر
ومن وطئ اجنبية فيما دون الفرج يعزر لانه منكر ليس فيه شيء مقدر ومن اتى امرأة في الموضع
المكروه او عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند ابي حنيفة ويعزر وزاد في الجامع الصغير
ويودع في السجن وقالا هو كالزنا فيحد وهو احد قولي الشافعي وقال في قول
يقتلان بكل حال لقوله عليه السلام اقتلوا الفاعل والمفعول ويروى فارجموا الاعلى
والاسفل ولهما انه في معنى الزنا لانه قضاء الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال
على وجه تمحض حراما لقصد سفح الماء وله انه ليس بزنا لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم
في موجبه من الاحراق بالنار وهدم الحائط والتنكيس من مكان مرتفع باتباع الاحجار
وغير ذلك ولا هو في معنى الزنا لانه ليس فيه اضاعة الولد واشتباه الانساب وكذا
هو اندر وقوعا لانعدام الداعي في احد الجانبين والداعي الى الزنا من الجانبين وما رواه
محمول على السياسة او على المستحل الا انه يعزر عنده لما بينا ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه
لانه ليس في معنى الزنا في كونه جناية وفي وجود الداعي لان الطبع السليم ينفر عنه
والحامل عليه نهاية السفه او فرط الشبق ولهذا لا يجب ستره الا انه يعزر لما بينا
والذي يروى انه تذبح البهيمة وتحرق فذلك لقطع التحدث به وليس بواجب ومن زنى
في دار الحرب او في دار البغي ثم خرج الينا لم يقم عليه الحد وعند الشافعي يحد لانه التزم
باسلامه احكامه اينما كان مقامه ولنا قوله عليه السلام لا تقام الحدود في دار الحرب
ولان المقصود هو الانزجار وولاية الامام منقطعة فيهما فيعرى الوجوب عن الفائدة ولا
تقام بعدما خرج لانها لم تنعقد موجبة فلا تنقلب موجبة ولو غزا من له ولاية الاقامة
بنفسه كالخليفة وامير مصر يقيم الحد على من زنى في معسكره لانه تحت يده بخلاف امير
العسكر والسرية لانه لم يفوض اليهما الاقامة واذا دخل حربي دارنا فزنى بذمية

اوزنى

او زنى ذمي بحربية يحد الذمي والذمية عند ابي حنيفة ولا يحد الحربي والحربية وهو قول
محمد في الذمي يعني اذا زنى بحربية فاما اذا زنى الحربي بذمية لا يحدان عند محمد وهو
قول ابي يوسف اولا وقال ابو يوسف يحدون كلهم وهذا قوله الآخر لابي يوسف ان
المستأمن التزم احكامنا مدة مقامه في دارنا في المعاملات كما ان الذمي التزمها مدة
عمره ولهذا يحد حد القذف ويقتل قصاصا بخلاف حد الشرب لانه يعتقد اباحته
ولهما انه ما دخل للقرار بل لحاجة كالتجارة ونحوها فلم يصر من اهل دارنا ولهذا
يمكن من الرجوع الى دار الحرب ولا يقتل المسلم ولا الذمي به وانما التزم من الحكم ما يرجع
الى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد لانه لما طمع في الانصاف يلتزم الانتصاف
والقصاص وحد القذف من حقوقهم اما حد الزنا فمحض حق الشرع ولمحمد وهو الفرق
ان الاصل في باب الزنا فعل الرجل والمرأة تابعة له على ما نذكره فامتناع الحد في حق الاصل
يوجب امتناعه في حق التبع اما الامتناع في حق التبع لا يوجب الامتناع في الاصل نظيره
اذا زنى البالغ بصبية او مجنونة وتمكين البالغة من الصبي والمجنون ولابي حنيفة ان فعل
المستأمن زنى لانه مخاطب بالحرمات على ما هو الصحيح وان لم يكن مخاطبا بالشرائع على اصلنا
والتمكين من فعل هو زنى يوجب الحد عليها بخلاف الصبي والمجنون لانهما لا يخاطبان
ونظير هذا الاختلاف اذا زنى المكره بالمطاوعة تحد المطاوعة عنده وعند محمد لا تحد
واذا زنى الصبي او المجنون بامرأة طاوعته فلا حد عليه ولا عليها وقال زفر والشافعي
يجب الحد عليها وهو رواية عن ابي يوسف وان زنى صحيح بمجنونة او صغيرة يجامع مثلها
حد الرجل خاصة وهذا بالاجماع لهما ان العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد
من جانبه فكذا العذر من جانبه وهذا لان كل واحد منهما مؤاخذ بفعله ولنا ان فعل الزنا
يتحقق منه وانما هي محل الفعل ولهذا يسمى هو واطئا وزانيا والمرأة موطوءة و
مزنيا بها الا انها سميت زانية مجازا تسمية للمفعول باسم الفاعل كالراضية بمعنى المرضية
او لكونها مسببة بالتمكين فتعلق الحد في حقها بالتمكين من قبيح الزنى وهو فعل من
هو مخاطب بالكف عنه ومؤثم على مباشرته وفعل الصبي ليس بهذه الصفة فلا يناط به
الحد ومن اكرهه السلطان حتى زنى فلا حد عليه وكان ابو حنيفة يقول اولا يحد عليه
وهو قول زفر لان الزنى من الرجل لا يتصور الا بعد انتشار الآلة وهذا آية الطوع
ثم قوله الا ان السبب الملجئ موجود حقيقة وهو قيام السيف على راسه والانتشار
دليل محتمل لانه قد يكون من غير قصد كما في النائم فلا يزول اليقين بالمحتمل وان اكرهه

غير السلطان يتحقق ولا يحد لان عندهما يتحقق الاكراه من غير السلطان لان المؤثر خوف
الهلاك وانه يتحقق من غيره وله انه من غيره لا يدوم الا نادرا لتمكنه من الاستعانة بالسلطان
او بجماعة المسلمين ويمكنه دفعه بنفسه بالسلاح والنادر لا حكم له فلا يسقط به الحد بخلاف
السلطان لانه لا يمكنه الاستعانة بغيره ولا الخروج بالسلاح عليه قالوا هذا اختلاف
عصر وزمان لانه لم يكن في زمن ابي حنيفة لغير السلطان من القوة ما لا يمكن دفعه
بالسلطان وفي زمنهما ظهرت القوة لكل متغلب فيفتى بقولهما ومن اقر اربع مرات
في مجالس مختلفة انه زنى بفلانة وقالت هي تزوجني او اقرت بالزنى وقال الرجل
تزوجتها فلا حد عليه وعليه المهر في ذلك لان دعوى النكاح يحتمل الصدق وهو يقوم
بالطرفين فاورث شبهة واذا سقط الحد وجب المهر تعظيما لخطر البضع ومن زنى
بجارية فقتلها فانه يحد وعليه القيمة معناه قتلها بالزنى لانه جنى جنايتين فيوفر
على كل واحد منهما حكمه وعن ابي يوسف انه لا يحد لان تقرر ضمان القيمة سبب لملك الامة
فصار كما اذا اشتراها بعد ما زنى بها وهو على هذا الخلاف واعتراض سبب الملك قبل
اقامة الحد يوجب سقوطه كما اذا ملك المسروق قبل القطع ولهما انه ضمان قتل
فلا يوجب الملك لانه ضمان دم ولو كان يوجبه فانما يوجبه في العين كما في هبة المسروق
لا في منافع البضع لانها استوفيت والملك يثبت مستندا فلا يظهر في المستوفى لكونها
معدومة وهذا بخلاف ما اذا زنى بها فاذهب عينيها حيث تجب عليه قيمتها ويسقط الحد
لان الملك هناك يثبت في الجثة العمياء وهي عين فاورث شبهة قال وكل شيء صنعه
الامام الذي ليس فوقه امام فلا حد عليه الا القصاص فانه يؤخذ به وبالاموال
لان الحدود حق الله تعالى واقامتها اليه لا الى غيره ولا يمكنه ان يقيمه على نفسه لانه لا
يفيد بخلاف حقوق العباد لانه يستوفيه ولي الحق اما بتمكينه او بالاستعانة بمنعة
المسلمين والقصاص والاموال منها واما حد القذف قالوا المغلب فيه حق الشرع
فحكمه حكم سائر الحدود التي هي حق الله تعالى

باب الشهادة على الزنى والرجوع عنها

واذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن اقامته بعدهم عن الامام لم تقبل شهادتهم
الا في حد القذف خاصة وفي الجامع الصغير واذا شهد عليه الشهود بسرقة او بشرب
خمر او بزنى بعد حين لم يؤخذ به وضمن السرقة والاصل ان الحدود الخالصة حقا
لله تعالى تبطل بالتقادم خلافا للشافعي هو يعتبرها بحقوق العباد وبالاقرار
الذي هو احدى الحجتين ولنا ان الشاهد مخير بين حسبتين اداء الشهادة والستر

فالتأخير ان كان لاختيار الستر فالاقدام على الاداء بعد ذلك لضغينة هيجته او لعداوة
حركته فيتهم فيها وان كان التأخير لا للستر يصير فاسقا آثما فتيقنا بالمانع بخلاف
الاقرار لان الانسان لا يعادي نفسه فحد الزنى وشرب الخمر والسرقة خالص حق الله تعالى
حتى يصح الرجوع عنها بعد الاقرار فيكون التقادم فيه مانعا وحد القذف فيه حق العبد
لما فيه من دفع العار عنه ولهذا لا يصح رجوعه بعد الاقرار والتقادم غير مانع في حقوق
العباد ولان الدعوى فيه شرط فيحمل تأخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم
بخلاف حد السرقة لان الدعوى ليس بشرط للحد لانه خالص حق الله تعالى على ما مر وانما شرط
للمال ولان الحكم يدار على كون الحد حقا لله تعالى فلا يعتبر وجود التهمة في كل فرد
ولان السرقة تقام على الاستسرار على غرة من المالك فيجب على الشاهد اعلامه وبالكتمان
يصير فاسقا آثما ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع الاقامة بعد القضاء
عندنا خلافا لزفر حتى لو هرب بعد ما ضرب بعض الحد ثم اخذ بعد ما تقادم العهد
لا يقام عليه الحد لان الامضاء من القضاء في باب الحدود واختلفوا في حد التقادم واشار
في الجامع الصغير الى ستة اشهر فانه قال بعد حين وهكذا اشار الطحاوي وابو حنيفة
لم يقدر في ذلك وفوضه الى راي القاضي في كل عصر وعن محمد انه قدره بشهر لان ما دونه
عاجل وهو رواية عن ابي حنيفة وابي يوسف وهو الاصح وهذا اذا لم يكن بينهم وبين القاضي
مسيرة شهر اما اذا كان تقبل شهادتهم لان المانع بعدهم عن الامام فلا يتحقق التهمة والتقادم
في حد الشرب كذلك عند محمد وعندهما يقدر بزوال الرائحة على ما يأتي في بابه واذا شهدوا
على رجل انه زنى بفلانة وفلانة غائبة فانه يحد وان شهدوا انه سرق من فلان
وهو غائب لم يقطع والفرق ان بالغيبة تنعدم الدعوى وهي شرط في السرقة دون
الزنى وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة ولا معتبر بالموهوم وان شهدوا انه زنى بامرأة
لا يعرفونها لم يحد لاحتمال انها امرأته او امته بل هو الظاهر وان اقر بذلك حد
لانه لا يخفى عليه امرأته او امته وان شهد اثنان انه زنى بفلانة فاستكرهها
وآخران انها طاوعته درئ الحد عنهما جميعا عند ابي حنيفة وهو قول زفر وقالا
يحد الرجل خاصة لاتفاقهما على الموجب وتفرد احدهما بزيادة جناية وهو الاكراه
بخلاف جانبها لان طواعيتها شرط تحقق الموجب في حقها ولم يثبت لاختلافهم
وله انه اختلف المشهود عليه لان الزنى فعل واحد يقوم بهما ولان شاهدي الطواعية
صارا قاذفين لها وانما يسقط الحد عنهما بشهادة شاهدي الاكراه لان زناها مكرهة

حد التقادم

يشترط إحصانهما فصار كاختلافهما في ذلك وان شهد اثنان انه زنى بامرأة بالكوفة
وآخران انه زنى بها بالبصرة درئ الحد عنهما جميعا لان المشهود به فعل الزنى
وقد اختلف باختلاف المكان ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة ولا يحد
الشهود خلافا لزفر لشبهة الاتحاد نظرا الى اتحاد الصورة والصيغة والمرأة
وان اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة معناه ان يشهد كل اثنين على الزنى في
زاوية وهذا استحسان والقياس ان لا يجب لاختلاف المكان حقيقة وجه الاستحسان
ان التوفيق ممكن بان يكون ابتداء الفعل في زاوية والانتهاء في زاوية اخرى بالاضطراب
او لان الواقع في وسط البيت فيحسبه من في المقدم في المقدم ومن في المؤخر في المؤخر
فيشهد بحسب ما عنده وان شهد اربعة انه زنى بامرأة بالنخيلة عند طلوع الشمس واربعة
انه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند درئ الحد عنهم اما عنهما فلانا تيقنا بكذب احد
الفريقين غير عين واما عن الشهود فلاحتمال صدق كل فريق وان شهد اربعة على
امرأة بالزنا وهي بكر درئ الحد عنهما وعنهم لان الزنى لا يتحقق مع البكارة ومعنى المسئلة
ان النساء نظرن اليها فقلن انها بكر وشهادتهن حجة في اسقاط الحد وليست بحجة في ايجابه
فلهذا سقط الحد عنهما ولا يجب عليهم وان شهد اربعة على رجل بالزنى وهم عميان او محدودون
في قذف او احدهم عبد او محدود في قذف فانهم يحدون ولا يحد المشهود عليه لانه لا يثبت
بشهادتهم المال فكيف يثبت الحد وهم ليسوا من اهل اداء الشهادة والعبد ليس باهل التحمل
والاداء فلم يثبت شبهة الزنى لان الزنى يثبت بالاداء وان شهدوا وهم فساق
او ظهر انهم فساق لم يحدوا لان الفاسق من اهل الاداء والتحمل وان كان في ادائه نوع
قصور لتهمة الفسق ولهذا لو قضى القاضي بشهادة فاسق نفذ عندنا فثبت بشهادتهم شبهة
الزنى وباعتبار قصور في الاداء لتهمة الفسق تثبت شبهة عدم الزنى فلهذا يمتنع
الحدان وسيأتي فيه خلاف الشافعي بناء على اصله ان الفاسق ليس من اهل الشهادة فهو
كالعبد عنده وان نقص عدد الشهود عن اربعة حدوا لانهم قذفة اذ لا حسبة عند
نقصان العدد وخروج الشهادة عن القذف باعتبارها فان شهد اربعة على رجل
بالزنى فضرب بشهادتهم ثم وجد احدهم عبدا او محدودا في قذف فانهم يحدون لانهم
قذفة اذ الشهود ثلثة وليس عليهم ولا على بيت المال ارش الضرب وان رجم فديته
على بيت المال وهذا عند ابي حنيفة وقالا ارش الضرب ايضا على بيت المال قال رض معناه
اذا كان جرحه وعلى هذا الخلاف اذا مات من الضرب وعلى هذا اذا رجع الشهود لا يضمنون

عنده وعندهما يضمنون لهما ان الواجب بشهادتهم مطلق الضرب اذ الاحتراز عن الجرح
خارج عن الوسع فينتظم الجارح وغيره فيضاف الى شهادتهم فيضمنون بالرجوع وعند
عدم الرجوع تجب على بيت المال لانه ينتقل فعل الجلاد الى القاضي وهو عامل للمسلمين فتجب
الغرامة في مالهم وصار كالرجم والقصاص ولابي حنيفة ان الواجب هو الحد وهو ضرب
مؤلم غير جارح ولا مهلك ولا يقع جارحا ظاهرا الا لمعنى في الضارب وهو قلة
هدايته فاقتصر عليه الا انه لا يجب الضمان عليه في الصحيح كيلا يمتنع الناس عن الاقامة
مخافة الغرامة وان شهد اربعة على شهادة اربعة على رجل بالزنا لم يحد لما فيه من زيادة
الشبهة ولا ضرورة الى تحملها فان جاء الاولون فشهدوا على المعاينة في ذلك
المكان لم يحد ايضا معناه شهدوا على ذلك الزنى بعينه لان شهادتهم قد ردت
من وجه برد شهادة الفروع في عين هذه الحادثة اذ هم قائمون مقامهم بالامر والتحميل
ولا يحد الشهود لان عددهم متكامل وامتناع الحد على المشهود عليه لنوع شبهة
وهي كافية لدرء الحد لا لايجابه واذا شهد اربعة على رجل بالزنى فرجم فكلما رجع
واحد حد الراجع وحده وغرم ربع الدية اما الغرامة فلانه بقي من يبقى بشهادته
ثلثة ارباع الحق فيكون التالف بشهادته ربع الحق وقال الشافعي يجب القتل دون المال
بناء على اصله في شهود القصاص وسنبينه في الديات ان شاء الله تعالى واما الحد فمذهب
علمائنا الثلثة وقال زفر لا يحد لانه ان كان قاذف حي فقد بطل بالموت وان كان قاذف
ميت فهو مرجوم بحكم القاضي فيورث ذلك شبهة ولنا ان الشهادة انما تنقلب قذفا
بالرجوع لان بالفسخ شهادته فيجعل للحال قاذفا للميت وقد انفسخت الحجة فينفسخ ما يبتني
عليه وهو القضاء في حقه فلا يورث الشبهة بخلاف ما اذا قذفه غيره لانه غير محصن
في حق غيره لقيام القضاء في حقه فان لم يحد المشهود عليه حتى رجع واحد منهم حدوا
جميعا وسقط الحد عن المشهود عليه وقال محمد يحد الراجع خاصة لان الشهادة
تأكدت بالقضاء فلا تنفسخ الا في حق الراجع كما اذا رجع بعد الامضاء ولهما ان
الامضاء من القضاء فصار كما اذا رجع واحد قبل القضاء ولهذا سقط الحد عن
المشهود عليه ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعا وقال زفر يحد الراجع
خاصة لانه لا يصدق على غيره ولنا ان كلامهم في الاصل قذف وانما يصير شهادة
باتصال القضاء به فاذا لم يتصل به بقي قذفا فيحدون فان كانوا خمسة فرجع احدهم
فلا شيء عليه لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهو شهادة الاربعة فان رجع آخر

حدًّا وغرما ربع الدية لما الحد فلما ذكرنا واما الغرامة فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلثة
ارباع الحق والمعتبر بقاء من بقي على ما عرف وان شهد اربعة على رجل بالزنى فزكوا
فرجم فاذا الشهود مجوس او عبيد فالدية على المزكين عند ابي حنيفة معناه اذا رجعوا
عن التزكية وقالا هو على بيت المال وقيل هذا اذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا
بحالهم لهما انهم اثنوا على الشهود خيرا فصار كما اذا اثنوا على المشهود عليه خيرا
بان شهدوا باحصانه وله ان الشهادة انما تصير حجة وعاملة بالتزكية فكانت التزكية على احصانه
في معنى علة العلة فيضاف الحكم اليها بخلاف شهود الاحصان لانه محض الشرط
ولا فرق بين ما اذا شهدوا بلفظ الشهادة او اخبروا وهذا اذا اخبروا بالحرية و
الاسلام اما اذا قالوا هم عدول وظهروا عبيدا لا يضمنون لان العبد قد يكون عدلا
ولا ضمان على الشهود لانه لم تقع كلامهم شهادة ولا يحدون حد القذف لانهم قذفوا
حيا وقد مات فلا يورث عنه واذا شهد اربعة على رجل بالزنى فامر القاضي برجمه
في ماله م فضرب رجل عنقه ثم وجد الشهود عبيدا فعلى القاتل الدية وفي القياس يجب القصاص
لانه قتل نفسا معصومة بغير حق وجه الاستحسان ان القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل
فاورث شبهة بخلاف ما اذا قتله قبل القضاء لان الشهادة لم تصر حجة بعد ولانه
ظنه مباح الدم معتمدا على دليل مبيح فصار كما اذا ظنه حربيا وعليه علامتهم ويجب الدية
في ماله لانه عمد والعواقل لا تعقل العمد ويجب في ثلث سنين لانه يجب بنفس القتل
فان رجم ثم وجدوا عبيدا فالدية على بيت المال لانه امتثل امر الامام فنقل فعله اليه
ولو باشره بنفسه يجب الدية في بيت المال لما ذكرنا كذا هذا بخلاف ما اذا ضرب عنقه
لانه لم ياتمر امره واذا شهدوا على رجل بالزنى وقالوا تعمدنا النظر قبلت شهادتهم
لانه يباح لهم النظر ضرورة تحمل الشهادة فاشبه الطبيب والقابلة واذا شهد اربعة
على رجل بالزنى فانكر الاحصان وله امراة قد ولدت منه فانه يرجم معناه ان ينكر
الدخول بعد وجود سائر الشرائط لان الحكم بثبات النسب منه حكم بالدخول عليه ولهذا
لو طلقها يعقب الرجعة والاحصان يثبت بمثله فان لم تكن ولدت منه وشهد عليه بالاحصان
رجل وامراتان رجم خلافا لزفر والشافعي فالشافعي مر على اصله ان شهادتهن غير مقبولة
في غير الاموال وزفر يقول انه شرط في معنى العلة لان الجناية تتغلظ عنده فيضاف
الحكم اليه فاشبه حقيقة العلة فلا تقبل شهادة النساء فيه احتيالا للدرء فصار كما اذا
شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم انه اعتقه قبل الزنى لا تقبل لما ذكرنا ولنا ان

الاحصان

الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة وانها مانعة من الزنى على ما ذكرنا فلا يكون في معنى العلة
وصار كما اذا شهدوا به في غير هذه الحالة بخلاف ما ذكر لان العتق تثبت بشهادتهما
وانما لا يثبت سبق التاريخ لانه ينكره المسلم او يتضرر به المسلم فان رجع شهود الاحصان
لا يضمنون عندنا خلافا لزفر وهو فرع ما تقدم

باب حد الشرب

ومن
شرب الخمر فاخذ وريحها موجودة او جاؤا به سكران فشهد عليه الشهود بذلك فعليه الحد
وكذلك اذا اقر وريحها موجودة لان جناية الشرب قد ظهرت ولم يتقادم العهد والاصل فيه
قوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان اقر بعد ذهاب رائحتها
لم يحد عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يحد وكذلك اذا شهدوا عليه بعدما ذهب ريحها
لم يحد عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يحد فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق
غير انه مقدر بالزمان عنده اعتبارا بحد الزنى وهذا لان التاخير يتحقق بمضي الزمان
والرائحة قد تكون من غيره كما قيل يقولون لي انكه شربت مدامة فقلت لهم لا بل اكلت
السفرجلا وعندهما يقدر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود رضي الله عنهما فان وجدتم
رائحة الخمر فاجلدوه ولان قيام الاثر من اقوى دلالة على القرب وانما يصار الى
التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل وانما تشتبه على
الجهال واما الاقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد كما في حد الزنى على ما مر تقريره وعندهما
لا يقام الحد الا عند قيام الرائحة لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة رضي الله عنهم
ولا اجماع الا براي ابن مسعود رضي الله عنه وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا فان اخذه الشهود
وريحها يوجد منه او هو سكران فذهبوا به من مصر الى مصر فيه الامام فانقطع ذلك
قبل ان ينتهوا به حد في قولهم جميعا لان هذا عذر كبعد المسافة في حد الزنى والشاهد
لا يتهم في مثله ومن سكر من النبيذ حد لما روي ان عمر رضي الله عنه اقام الحد على اعرابي
سكر من النبيذ وسنبين الكلام في حد السكر ومقدار حده المستحق عليه ولا حد على من وجد منه
رائحة الخمر او تقيأها لان الرائحة محتملة وكذا الشرب قد يقع عن اكراه او اضطرار
ولا يحد السكران حتى يعلم انه سكر من النبيذ وشربه طوعا لان السكر من المباح لا يوجب
الحد كالبنج ولبن الرماك وكذا شرب المكره لا يوجب الحد ولا يحد حتى يزول عنه
السكر تحصيلا لمقصود الانزجار وحد الخمر والسكر في الحر ثمانون سوطا لاجماع الصحابة
رضي الله عنهم يفرق على بدنه كما في حد الزنى على ما مر ثم يجرد في المشهور من الرواية وعن
محمد انه لا يجرد اظهارا للتخفيف لانه لم يرد به نص وجه المشهور انا اظهرنا التخفيف

عليه م

كذلك م

قد م

اقام الحد م

الذي ذكره من اباحة البنج موافق لما في الكتب خلافا لرواية الجامع الصغير للامام المحبوبي [illegible] كالحنطة والشعير والذرة والعسل [illegible] حرام بالاجماع لان السكر [illegible] البنج حرام [illegible] كذا ذكره صاحب [illegible] البنج حرام [illegible]

السكر عصير الرطب إذا اشتد وقيل السكر كل شراب أسكر . اكمل

مرة فلا يعتبر ثانيا فإن كان عبدا فحده أربعون لأن الرق منصف على ما عرف ومن أقر
بشرب الخمر والسكر ثم رجع لم يحد لأنه خالص حق الله تعالى ويثبت الشرب بشهادة شاهدين
وبالإقرار مرة واحدة وعن أبي يوسف أنه يشترط الإقرار مرتين وهو نظير الاختلاف في السرقة (يثبت م)
وسنبينها هناك إن شاء الله تعالى ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال لأن فيها شبهة
البدلية وتهمة الضلال والنسيان والسكران الذي يحد هو الذي لا يعقل منطقا لا قليلا
ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المرأة والسماء من الأرض وهذا عند أبي حنيفة وقالا
هو الذي يهذي ويختلط كلامه لأنه هو السكران في العرف وإليه مال أكثر المشايخ رحمهم الله
وله أنه يؤخذ في أسباب الحدود بأقصاها درءا للحد ونهاية السكر أن يغلب السرور
على العقل فيسلبه التمييز بين شيء وشيء وما دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو والمعتبر في
القدح المسكر في حق الحرمة ما قالاه بالإجماع أخذا بالاحتياط والشافعي يعتبر ظهور أثره
في مشيته وحركاته وأطرافه وهذا مما يتفاوت فلا معنى لاعتباره ولا يحد السكران
بإقراره على نفسه لزيادة احتمال الكذب في إقراره فيحتال لدرئه لأنه خالص حق الله تعالى
بخلاف حد القذف لأن فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه كما في سائر تصرفاته
ولو ارتد السكران لا تبين امرأته منه لأن الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر

باب حد القذف

القذف لغة الرمي واصطلاحا نسبة من أحصن إلى الزنا صريحا ودلالة . اكمل

إذا قذف الرجل رجلا محصنا أو امرأة محصنة بصريح الزنا
وطالب المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين سوطا إن كان حرا لقوله تعالى والذين يرمون
المحصنات إلى أن قال فاجلدوهم ثمانين جلدة والمراد الرمي بالزنا بالإجماع وفي النص
إشارة إليه وهو اشتراط أربعة من الشهداء إذ هو مختص بالزنا ويشترط مطالبة المقذوف
لأن فيه حقه من حيث دفع العار وإحصان المقذوف لما تلونا قال ويفرق على أعضائه
لما مر في حد الزنا ولا يجرد من ثيابه لأن سببه غير مقطوع به فلا يقام على الشدة بخلاف
حد الزنا غير أنه ينزع عنه الفرو والحشو لأن ذلك يمنع إيصال الألم به وإن كان القاذف
عبدا جلد أربعين سوطا لمكان الرق والإحصان أن يكون المقذوف حرا عاقلا بالغا
مسلما عفيفا عن فعل الزنا أما الحرية فلأنه يطلق عليه اسم الإحصان قال الله تعالى
فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب أي الحرائر والعقل والبلوغ لأن العار
لا يلحق الصبي والمجنون لعدم تحقق فعل الزنا منهما والإسلام لقوله عليه السلام من أشرك بالله (فعل م)
فليس بمحصن والعفة لأن غير العفيف لا يلحقه العار وكذا القاذف صادق فيه ومن
نفى نسب غيره فقال لست لأبيك فإنه يحد وهذا إذا كانت أمه حرة مسلمة لأنه في الحقيقة

قذف لأمه لأن النسب إنما ينفى عن الزاني لا عن غيره قال ومن قال لغيره في غضب لست بابن
فلان لأبيه الذي يدعى له يحد ولو قال في غير غضب لا يحد لأن عند الغضب يراد به
حقيقته سبا له وفي غيره يراد به المعاتبة بنفي مشابهته أباه في أسباب المروءة ولو قال
لست بابن فلان يعني جده لم يحد لأنه صادق في كلامه ولو نسبه إلى جده لا يحد أيضا لأنه
قد ينسب إليه مجازا ولو قال له يا ابن الزانية وأمه ميتة محصنة فطالب الابن بحده حد
القاذف لأنه قذف محصنة بعد موتها ولا يطالب بحد القذف للميت إلا من يقع القدح
في نسبه بقذفه وهو الولد والوالد لأن العار يلتحق به لمكان الجزئية فيكون القذف
متناولا له معنى وعند الشافعي يثبت المطالبة لكل وارث لأن حد القذف يورث عنده على (حق م)
ما نبين وعندنا ولاية المطالبة ليس بطريق الإرث بل لما ذكرناه ولهذا يثبت عندنا للمحروم
عن الميراث بالقتل ويثبت لولد البنت كما يثبت لولد الابن خلافا لمحمد ويثبت لولد الولد
حال قيام الولد خلافا لزفر وإذا كان المقذوف محصنا جاز لابنه الكافر والعبد
أن يطالب بالحد خلافا لزفر هو يقول القذف يتناوله معنى لرجوع العار إليه وليس طريقه
الإرث عندنا فصار كما إذا كان متناولا له صورة ومعنى ولنا أنه عيره بقذف محصن
فيأخذه بالحد وهذا لأن الإحصان في الذي ينسب إلى الزنا شرط ليقع تعييرا على الكمال
ثم يرجع هذا التعيير الكامل إلى ولده والكفر لا ينافي أهلية الاستحقاق بخلاف ما إذا
تناول القذف نفسه لأنه لم يوجد التعيير على الكمال لفقد الإحصان في المنسوب إلى الزنا (ولا للابن أن يطالب أباه بقذف أمه الحرة م)
وليس للعبد أن يطالب مولاه بقذف أمه الحرة المسلمة لأن المولى لا يعاقب بسبب عبده
وكذا الأب بسبب ابنه ولهذا لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده ولو كان لها ابن
من غيره له أن يطالب لتحقق السبب وانعدام المانع ومن قذف غيره فمات المقذوف
بطل الحد وقال الشافعي لا يبطل ولو مات بعدما أقيم بعض الحد بطل الباقي عندنا
خلافا له بناء على أنه يورث عنده وعندنا لا يورث ولا خلاف أن فيه حق الشرع
وحق العبد فإنه شرع لدفع العار عن المقذوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص فمن
هذا الوجه حق العبد ثم إنه شرع زاجرا ومنه سمي حدا والمقصد من شرع الزواجر
إخلاء العالم عن الفساد وهذا آية حق الشرع وبكل ذلك تشهد الأحكام وإذا
تعارضت الجهتان فالشافعي مال إلى تغليب حق العبد تقديما لحق العبد باعتبار حاجته
وغنى الشرع ونحن صرنا إلى تغليب حق الشرع لأن ما للعبد من الحق يتولاه مولاه
فيصير حق العبد مرعيا به ولا كذلك عكسه لأنه لا ولاية للعبد في استيفاء حقوق

الشرع ثابتا به عنه وهذا هو الاصل المشهور الذي يتخرج عليه الفروع المختلف فيها منها
الارث اذ الارث يجري في حقوق العباد لا في حقوق الشرع ومنها العفو فانه لا يصح
عفو المقذوف عندنا ويصح عنده ومنها انه لا يجوز الاعتياض عنه ويجري فيه التداخل
وعنده لا يجري وعن ابي يوسف في العفو مثل قول الشافعي ومن اصحابنا من قال ان الغالب
حق العبد فخرج الاحكام والاول اظهر قال ومن اقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه
لان للمقذوف فيه حقا فيكذبه في الرجوع بخلاف ما هو خالص حق الله تعالى لانه لا مكذب له
فيه ومن قال لعربي يا نبطي لم يحد لانه يراد به التشبيه في الاخلاق او عدم الفصاحة
وكذا اذا قال لست بعربي لما قلنا ومن قال لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف لانه يراد به
التشبيه في الجود والسماحة والصفاء لان ماء السماء لقب به لصفائه وسخائه وان نسبه
الى عمه او خاله او الى زوج امه فليس بقاذف لان كل واحد من هؤلاء يسمى ابا الاول
لقوله تعالى واله آبائك ابرهيم واسمعيل واسحق واسمعيل كان عما له والثاني لقوله عليه السلام
الخال والد والثالث للتربية ومن قال لغيره زنأت في الجبل وقال عنيت به صعود
الجبل حد وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يحد لان المهموز منه للصعود
حقيقة قالت امرأة من العرب وارق الى الخيرات زنأ في الجبل وذكر الجبل يقرره
مرادا ولهما انه يستعمل في الفاحشة مهموزا ايضا لان من العرب من يهمز الملين كما
يلين المهموز وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مرادا بمنزلة ما اذا قال يا زانئ
او قال زنأت وذكر الجبل انما يعين الصعود مرادا اذا كان مقرونا بكلمة على اذ هو
المستعمل فيه ولو قال زنأت على الجبل قيل لا يحد لما قلنا وقيل يحد للمعنى الذي ذكرناه
ومن قال لآخر يا زاني فقال لا بل انت فانهما يحدان لان معناه لا بل انت زان اذ
هي كلمة عطف يستدرك بها الغلط فيصير الخبر المذكور في الاول مذكورا في
الثاني ومن قال لامرأته يا زانية فقالت لا بل انت حدت المرأة ولا لعان لانهما قاذفان
وقذفه يوجب اللعان وقذفها يوجب الحد وفي البداية بالحد ابطال اللعان لان
المحدود في القذف ليس باهل له ولا ابطال في عكسه اصلا فيحتال للدرء اذ اللعان في
معنى الحد ولو قالت زنيت بك فلا حد ولا لعان معناه قالت بعد ما قال لها يا زانية لوقوع
الشك في كل واحد منهما لانه يحتمل انها ارادت الزنا قبل النكاح فيجب الحد دون اللعان لتصديقها
اياه وانعدامه منه ويحتمل انها ارادت زناي ما كان معك بعد النكاح لاني ما مكنت احدا غيرك
وهو المراد في مثل هذه الحالة وعلى هذا الاعتبار يجب اللعان دون الحد على المرأة لوجود القذف منه

وعدمه

وعدمه منها فجاء ما قلنا ومن اقر بولد ثم نفاه فانه يلاعن لان النسب لزمه باقراره
وبعد النفي صار قاذفا فيلاعن وان نفاه ثم اقر به حد لانه لما اكذب نفسه بطل اللعان
لانه حد ضروري صير اليه ضرورة التكاذب والاصل فيه حد القذف فاذا بطل التكاذب
يصار الى الاصل وفيه خلاف ذكرناه في اللعان والولد ولده في الوجهين لاقراره به
سابقا او لاحقا واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد وان قال ليس بابني
ولا بابنك فلا حد عليه ولا لعان لانه انكر الولادة وبه لا يصير قاذفا ومن قذف
امرأة ومعها اولاد لا يعرف لهم اب او قذف الملاعنة بولد والولد حي او قذفها بعد موت
الولد فلا حد عليه لقيام امارة الزنا منها وهي ولادة ولد لا اب له ففاتت العفة نظرا
اليها وهي شرط ولو قذف امرأة لاعنت بغير ولد فعليه الحد لانعدام امارة الزنا ومن
وطئ وطئا حراما في غير ملكه لم يحد قاذفه لفوات العفة وهي شرط الاحصان ولان القاذف
صادق والاصل فيه ان من وطئ وطئا حراما لعينه لا يجب بقذفه لان الزنا هو الوطء المحرم
لعينه وان كان محرما لغيره يحد لانه ليس بزنا فالوطء في غير الملك من كل وجه او من وجه
حرام لعينه وكذا الوطء في الملك والحرمة مؤبدة فان كانت الحرمة موقتة فالحرمة لغيره
وابو حنيفة يشترط ان تكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع او بالحديث المشهور لتكون ثابتة
من غير تردد بيانه اذا قذف رجلا وطئ جارية بينه وبين آخر فلا حد عليه
لانعدام الملك من وجه وكذا اذا قذف امرأة زنت في نصرانيتها لتحقق الزنا منها شرعا
لانعدام الملك ولهذا وجب عليها الحد ولو قذف رجلا اتى امته وهي مجوسية او امرأته
وهي حائض او مكاتبة له فعليه الحد لان الحرمة مع قيام الملك وهي موقتة فكانت الحرمة
لغيره فلم يكن زنا وعن ابي يوسف ان وطء المكاتبة يسقط الاحصان وهو قول زفر
لان الملك زائل في حق الوطء ولهذا يلزمه العقر بالوطء ونحن نقول ملك الذات باق
والحرمة لغيره اذ هي موقتة ولو قذف رجلا وطئ امته وهي اخته من الرضاعة لا يحد
لان الحرمة مؤبدة وهذا هو الصحيح ولو قذف مكاتبا مات وترك وفاء لا حد عليه
لتمكن الشبهة في الحرية لمكان اختلاف الصحابة رضي الله عنهم ولو قذف مجوسيا تزوج
بامه ثم اسلم يحد عند ابي حنيفة وقالا لا حد عليه وهذا بناء على ان تزوج المجوسي بالمحارم
له حكم الصحة فيما بينهم عنده خلافا لهما وقد مر في النكاح واذا دخل الحربي دارنا بامان
فقذف مسلما حد لان فيه حق العبد وقد التزم ايفاء حقوق العباد ولانه طمع في ان
لا يؤذى فيكون ملتزما ان لا يؤذي وموجب اذاه واذا حد المسلم في قذف سقطت شهادته

فان تاب وقال الشافعي تقبل اذا تاب وهي تعرف في الشهادات واذا حد الكافر
في قذف لم تقبل شهادته على اهل الذمة لان له الشهادة على جنسه فترد تتمة للحد
فان اسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين لان هذه شهادة استفادها بعد الاسلام
فلم تدخل تحت الرد بخلاف العبد اذا حد حد القذف ثم اعتق حيث لا تقبل شهادته
لانه لا شهادة له اصلا في حال الرق فكان رد شهادته بعد العتق من تمام حده وان
ضرب سوطا في قذف ثم اسلم ثم ضرب ما بقي جازت شهادته لان رد الشهادة متمم للحد
فيكون صفة له والمقام بعد الاسلام بعض الحد فلا يكون رد الشهادة صفة له
وعن ابي يوسف انه ترد شهادته اذ الاقل تابع للاكثر والاول اصح قال ومن
قذف او زنى او شرب غير مرة فحد فهو لذلك كله اما الاخيران فلان المقصود من
اقامة الحد حقا لله تعالى الانزجار واحتمال حصوله بالاول قائم فتتمكن شبهة
فوات المقصود في الثاني وهذا بخلاف ما اذا زنى وقذف وسرق وشرب لان المقصود
من كل جنس غير المقصود من الآخر فلا يتداخل واما القذف فالمغلب فيه عندنا
حق الله تعالى فيكون ملحقا بهما وقال الشافعي ان اختلف المقذوف او المقذوف به
وهو الزنى لا يتداخل لان المغلب فيه حق العبد عنده

فصل في التعزير

ومن قذف عبدا او امة او ام ولد او كافرا بالزنى عزر لانه جناية قذف وقد امتنع وجوب
الحد لفقد الاحصان فوجب التعزير وكذا اذا قذف مسلما بغير الزنى فقال يا فاسق
او يا كافر او يا خبيث او يا سارق لانه آذاه والحق الشين به ولا مدخل
للقياس في الحدود فوجب التعزير الا انه يبلغ بالتعزير غايته في الجناية الاولى لانه
من جنس ما يجب به الحد وفي الثانية الرأي الى الامام ولو قال يا حمار او يا خنزير
لم يعزر لانه ما الحق الشين به للتيقن بنفيه وقيل في عرفنا يعزر لانه يعد شينا وقيل
ان كان المسبوب من الاشراف كالفقهاء والعلوية يعزر لانه يلحقهم الوحشة بذلك
وان كان من العامة لا يعزر وهذا احسن والتعزير اكثره تسعة وثلاثون سوطا واقله
ثلاث جلدات وقال ابو يوسف يبلغ التعزير خمسة وسبعين سوطا والاصل فيه قوله عليه السلام
من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين واذا تعذر تبليغه حدا فابو حنيفة ومحمد نظرا الى ادنى
الحد وهو حد العبد في القذف فصرفاه اليه وذلك اربعون سوطا فنقصا منه سوطا
وابو يوسف اعتبر اقل الحد في الاحرار اذ الاصل هو الحرية ثم نقص سوطا في رواية عنه
وهو قول زفر وهو القياس وفي هذه الرواية نقص خمسة وهو مأثور عن علي رضي الله عنه

فيقلع ثم قدر الادنى في الكتاب بثلاث جلدات لان ما دونها لا يقع به الزجر وذكر مشايخنا
ان ادناه على ما يراه الامام يقدره بقدر ما يعلم انه ينزجر لانه يختلف باختلاف الناس
وعن ابي يوسف انه على قدر عظم الجرم وصغره وعنه انه يقرب كل نوع من بابه
فيقرب اللمس والقبلة من حد الزنى والقذف بغير الزنى من حد القذف قال وان
رأى الامام ان يضم الى الضرب في التعزير الحبس فعل لانه صلح تعزيرا وقد ورد
الشرع به في الجملة حتى جاز ان يكتفى به فجاز ان يضم اليه ولهذا لم يشرع في التعزير
بالتهمة قبل ثبوته كما شرع في الحد لانه من التعزير قال واشد الضرب التعزير لانه جرى
التخفيف فيه من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف كيلا يؤدي الى فوات المقصود
ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الاعضاء قال ثم حد الزنى لانه ثابت بالكتاب
وحد الشرب ثبت بقول الصحابة رضوان الله عليهم ولانه اعظم جناية حتى شرع فيه
الرجم ثم حد الشرب لان سببه متيقن به ثم حد القذف لان سببه محتمل لاحتمال كونه
صادقا ولانه جرى فيه التغليظ من حيث رد الشهادة فلا يغلظ من حيث الوصف
ومن حده الامام او عزره فمات فدمه هدر لانه فعل ما فعل بامر الشرع وفعل المأمور
لا يتقيد بشرط السلامة كالفصاد والبزاغ بخلاف الزوج اذا عزر زوجته لانه مطلق
فيه والاطلاقات تتقيد بشرط السلامة كالمرور في الطريق وقال الشافعي تجب الدية
في بيت المال لان الاتلاف خطأ فيه اذ التعزير للتأديب غير انه تجب الدية في بيت المال
لان نفع عمله يرجع الى عامة المسلمين فيكون الغرم في مالهم قلنا لما استوفى حق الله تعالى بامره
صار كأن الله تعالى اماته من غير واسطة فلا يجب الضمان

كتاب السرقة

السرقة في اللغة عبارة عن اخذ الشيء من الغير على الخفية والاستسرار ومنه استراق السمع
قال الله تعالى الا من استرق السمع وقد زيدت عليه اوصاف في الشريعة على ما يأتيك بيانه ان شاء الله
والمعنى اللغوي مراعى فيها ابتداء وانتهاء او ابتداء لا غير كما اذا نقب الجدار على الاستسرار
واخذ المال من المالك مكابرة على الجهار وفي الكبرى اعني قطع الطريق مسارقة عين الامام
لانه هو المتصدي لحفظ الطريق باعوانه وفي الصغرى مسارقة عين المالك او من يقوم مقامه
قال واذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم او ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز
لا شبهة فيه وجب القطع والاصل فيه قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما
ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لان الجناية لا تتحقق دونهما والقطع جزاء الجناية
ولا بد من التقدير بالمال الخطير لان الرغبات تفتر في الحقير وكذا اخذه لا يخفى فلا يتحقق

ولكنه لا حكمة الزجر لانها فيما يغلب والتقدير بعشرة دراهم مذهبنا وعند الشافعي التقدير بربع دينار وعند مالك بثلثة دراهم لهما ان القطع على عهد رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم ما كان الا في ثمن المجن واقل ما نقل في تقديره ثلثة دراهم والاخذ بالاقل هو المتيقن به اولى غير ان الشافعي يقول كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اثني عشر درهما والثلثة ربعها ولنا ان الاخذ بالاكثر في هذا الباب اولى احتيالا لدرء الحد وهذا لان في الاقل شبهة عدم الجناية وهي دارئة وقد تأيد ذلك بقوله عليه السلام لا قطع الا في دينار او عشرة دراهم واسم الدراهم ينطلق على المضروبة عرفا فهذا يبين لك اشتراط المضروب كما قال في الكتاب وهو ظاهر الرواية وهو الاصح رعاية لكمال الجناية حتى لو سرق عشرة تبرا قيمتها اقل من عشرة مضروبة لا يجب القطع والمعتبر وزن سبعة مثاقيل لانه هو المتعارف في عامة البلاد وقوله او ما يبلغ قيمته عشرة دراهم اشارة الى ان غير الدراهم تعتبر قيمته بها وان كان ذهبا ولا بد من حرز لا شبهة فيه لان الشبهة دارئة وسنبينه من بعد ان شاء الله تعالى قال والعبد والحر سواء في القطع لان النص لم يفصل ولان التنصيف متعذر فيتكامل صيانة لاموال الناس ويجب القطع باقراره مرة واحدة وهذا عند محمد وابي حنيفة وقال ابو يوسف لا يقطع الا باقراره مرتين ويروى عنه انهما في مجلسين مختلفين لانه احدى الحجتين فيعتبر بالاخرى وهي البينة كذلك اعتبرنا في الزنا ولهما ان السرقة ظهرت بالاقرار مرة واحدة فيكتفى به كما في القصاص وحد القذف ولا اعتبار بالشهادة لان الزيادة فيها تفيد تقليل تهمة الكذب ولا تفيد في الاقرار شيئا لانه لا تهمة وباب الرجوع في حق الحد لا ينسد بالتكرار والرجوع في حق المال لا يصح اصلا لان صاحب المال يكذبه واشتراط الزيادة في الزنا بخلاف القياس فيقتصر على مورد الشرع قال ويجب بشهادة شاهدين لتحقق الظهور كما في سائر الحقوق وينبغي ان يسألهما الامام عن كيفية السرقة وماهيتها وزمانها ومكانها لزيادة الاحتياط كما مر في الحدود ويحبسه الى ان يسأل عن الشهود للتهمة قال واذا اشترك جماعة في سرقة فاصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع وان اصابه اقل لا يقطع لان الموجب سرقة النصاب ويجب على كل واحد منهم بجنايته فيعتبر كمال النصاب في حقه

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع فيه

لا قطع فيما يوجد تافها مباحا في دار الاسلام كالخشب والحشيش والقصب والسمك والطير والصيد والزرنيخ والمغرة والنورة والاصل فيه حديث عائشة رضي الله عنها قالت كانت اليد لا تقطع على عهد

رسول الله في الشيء التافه اي الحقير وما يوجد جنسه مباحا في الاصل بصورته غير مرغوب فيه حقير تقل الرغبات فيه والطباع لا تضن به فقلما يوجد اخذه على كره من المالك فلا حاجة الى شرع الزاجر ولهذا لا يجب القطع بسرقة ما دون النصاب ولان الحرز فيها ناقص الا ترى ان الخشب يلقى على الابواب وانما يدخل في الدار للعمارة لا للاحراز والطير يطير والصيد يفر وكذا الشركة العامة التي كانت فيه وهو على تلك الصفة تورث الشبهة والحد يندرئ بها ويدخل في السمك المالح والطري وفي الطير الدجاج والبط والحمام لما ذكرنا ولاطلاق قوله عليه السلام لا قطع في الطير وعن ابي يوسف انه يجب القطع في كل شيء الا الطين والتراب والسرقين وهو قول الشافعي والحجة عليهما ما ذكرنا قال ولا قطع فيما يتسارع اليه الفساد كاللبن واللحم والفاكهة الرطبة لقوله عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر والكثر الجمار وقيل الودي وقال عليه السلام لا قطع في الطعام والمراد والله تعالى اعلم ما يتسارع اليه الفساد كالمهيأ للاكل منه وما في معناه كاللحم والتمر لانه يقطع في الحنطة والسكر اجماعا وقال الشافعي يقطع فيها لقوله عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر واذا آواه الجرين او الجران قطع قلنا اخرجه على وفاق العادة والذي يؤويه الجرين في عادتهم هو اليابس من الثمر وفيه القطع قال ولا قطع في الفاكهة على الشجر والزرع الذي لم يحصد لعدم الاحراز ولا قطع في الاشربة المطربة لان السارق يتأول في تناولها الاراقة ولان بعضها ليس بمال وفي مالية بعضها اختلاف فتتحقق شبهة عدم المالية قال ولا في الطنبور لانه من المعازف ولا في سرقة المصحف وان كان عليه حلية وقال الشافعي يقطع لانه مال متقوم حتى يجوز بيعه وعن ابي يوسف مثله وعنه ايضا انه يقطع اذا بلغت الحلية نصابا لانها ليست من المصحف فتعتبر بانفرادها ووجه الظاهر ان الآخذ يتأول في اخذه القراءة والنظر فيه ولانه لا مالية له على اعتبار المكتوب واحرازه لاجله لا للجلد والاوراق والحلية وانما هي توابع ولا معتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية تربو على النصاب ولا يقطع في ابواب المسجد لعدم الاحراز فصار كباب الدار بل اولى لانه يحرز بباب الدار ما فيها ولا يحرز بباب المسجد ما فيه حتى لا يجب القطع بسرقة متاعه قال ولا الصليب من الذهب ولا الشطرنج ولا النرد لانه يتأول من اخذها الكسر نهيا عن المنكر بخلاف الدرهم الذي عليه التمثال لانه ما اعد للعبادة فلا يثبت شبهة اباحة الكسر وعن ابي يوسف انه ان كان الصليب

الجمار شحم النخل

المعازف آلات اللهو التي يضرب بها الواحد عزف

في المصلى لا يقطع لعدم الحرز وان كان في بيت آخر يقطع لكمال المالية والحرز قال ولا
قطع على سارق الصبي الحر وان كان عليه حلي لان الحر ليس بمال وما عليه من الحلي تبع له ولانه
يتأول في اخذ الصبي اسكاته او حمله الى مرضعته وقال ابو يوسف يقطع اذا كان عليه
حلي هو نصاب لانه يجب القطع بسرقته وحده فكذا مع غيره وعلى هذا اذا سرق اناء فضة
فيه نبيذ او ثريد والخلاف في صبي لا يمشي ولا يتكلم كيلا يكون في يد نفسه قال ولا
قطع في سرقة العبد الكبير لانه غصب او خداع ويقطع في سرقة العبد الصغير لتحققها بحدها
الا اذا كان يعبر عن نفسه لانه والبالغ سواء في اعتبار يده وقال ابو يوسف لا يقطع
وان كان صغيرا لا يعقل ولا يتكلم استحسانا لانه آدمي من وجه مال من وجه ولهما انه
مال مطلق لكونه منتفعا به او بعرض ان يصير منتفعا به الا انه انضم اليه معنى الآدمية قال
ولا قطع في الدفاتر كلها لان المقصود ما فيها وذلك ليس بمال الا في دفاتر الحساب
لان ما فيها لا يقصد بالاخذ فكان المقصود هو الكاغذ قال ولا في سرقة كلب ولا
فهد لان من جنسهما يوجد مباح الاصل غير مرغوب فيه ولان الاختلاف بين العلماء
ظاهر في مالية الكلب فاورث شبهة قال ولا قطع في دف ولا طبل ولا بربط ولا
مزمار لان عندهما لا قيمة لها وعند ابي حنيفة آخذها يتأول الكسر فيها قال ويقطع
في الساج والقنا والابنوس والصندل لانها اموال محرزة لكونها عزيزة عند الناس
ولا توجد بصورتها مباحة في دار الاسلام قال ويقطع في الفصوص الخضر والياقوت
والزبرجد لانها من اعز الاموال وانفسها ولا توجد مباح الاصل بصورتها في
دار الاسلام غير مرغوب فيها فصارت كالذهب والفضة قال واذا اتخذ من الخشب اواني
وابواب قطع فيها لانه بالصنعة التحق بالاموال النفيسة الا ترى انها تحرز بخلاف
الحصير لان الصنعة فيه لم تغلب على الجنس حتى يبسط في غير الحرز وفي الحصر البغدادية
قالوا يجب القطع بسرقتها لغلبة الصنعة على الاصل وانما يجب القطع في غير المركب وانما يجب
اذا كان خفيفا لا يثقل على الواحد حمله لان الثقيل منه لا يرغب في سرقته قال
ولا قطع على خائن ولا خائنة لقصور في الحرز قال ولا منتهب ولا مختلس لانه
يجاهر بفعله كيف وقد قال النبي عليه الصلاة والسلام لا قطع على مختلس ولا منتهب ولا
خائن قال ولا قطع على النباش وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
والشافعي عليه القطع لقوله عليه السلام من نبش قطعناه ولانه مال متقوم محرز يحرز
مثله فيقطع فيه ولهما قوله عليه السلام لا قطع على المختفي وهو النباش بلغة اهل المدينة ولان

الشبهة تمكنت في الملك لانه لا ملك للميت حقيقة ولا للوارث لتقدم حاجة الميت وقد
تمكن الخلل في المقصود وهو الانزجار لان الجناية في نفسها نادرة الوجود
وما رواه غير مرفوع او هو محمول على السياسة وان كان القبر في بيت مقفل فهو
على الخلاف في الصحيح لما قلنا وكذا اذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت لما بينا
قال ولا يقطع السارق من بيت المال لانه مال العامة وهو منهم قال ولا من مال
للسارق فيه شركة لما قلنا ومن له على آخر دراهم فسرق منه مثلها لم يقطع لانه استيفاء
لحقه والحال والمؤجل فيه سواء لان التأجيل لتأخير المطالبة وكذا اذا سرق زيادة
على حقه لانه بمقدار حقه يصير شريكا فيه وان سرق منه عروضا قطع لانه ليس له ولاية
الاستيفاء منه الا بيعا بالتراضي وعن ابي يوسف انه لا يقطع لان له ان يأخذ عند
بعض العلماء قضاء من حقه او رهنا بحقه قلنا هذا قول لا يستند الى دليل ظاهر
فلا يعتبر بدون اتصال الدعوى به حتى لو ادعى ذلك درئ عنه الحد لانه ظن
في موضع الخلاف ولو كان حقه دراهم فسرق دنانير قيل يقطع لانه ليس له حق
الاخذ وقيل لا يقطع لان النقود جنس واحد ومن سرق عينا فقطع فيها فردها
ثم عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع والقياس ان يقطع وهو رواية عن ابي يوسف
وهو قول الشافعي لقوله عليه السلام فان عاد فاقطعوه من غير فصل ولان الثانية
متكاملة كالاولى بل اقبح لتقدم الزاجر وصار كما اذا باعه المالك من السارق
ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة ولنا ان القطع اوجب سقوط عصمة المحل على ما يعرف
من بعد ان شاء الله تعالى وبالرد الى المالك ان عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط
نظرا الى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب وهو القطع فيه بخلاف ما ذكر لان الملك
قد اختلف باختلاف سببه ولان تكرار الجناية منه نادر لتحمله مشقة الزاجر فيعرى
الاقامة عن المقصود وهو تقليل الجناية وصار كما اذا قذف المحدود في القذف
المقذوف الاول قال فان تغيرت عن حالها مثل ان يكون غزلا فسرقه وقطع فيه
فرده ثم نسج فعاد فسرقه قطع لان العين قد تبدلت ولهذا يملكه الغاصب به
وهذا هو علامة التبدل في كل محل واذا تبدلت انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد
المحل والقطع فيه فوجب القطع ثانيا

فصل في الحرز والاخذ منه

ومن سرق من ابويه
او ولده او ذي رحم محرم منه لم يقطع فالاول وهو الولاد للبسوطة في المال وفي
الدخول في الحرز والثاني للمعنى الثاني ولهذا اباح الشرع النظر الى مواضع الزينة

استحسانا م

النقود جنس واحد

الظاهر منها بخلاف التصدق لاين لا نعادامه بالسرقة وفي ال.. في خلاف التي فيمن لا يحرم
بالقرابة البعيدة وقد بيناه في العتاق ولو سرق من بيت ذي الرحم المحرم متاع غيره
ينبغي ان لا يقطع ولو سرق ماله من بيت غيره يقطع اعتبارا للحرز وعدمه وان سرق
من امه من الرضاع قطع وعن ابي يوسف انه لا يقطع لانه يدخل عليها من غير استئذان
وحشمة بخلاف الاخت من الرضاعة لانعدام هذا المعنى فيها عادة وجه الظاهر انه
لا قرابة والمحرمية بدونها لا تحترم كما اذا ثبتت بالزنى والتقبيل عن شهوة واقرب
من ذلك الاخت من الرضاعة وهذا لان الرضاع قلما يشتهر فلا بسوطة تحرزا
عن موقف التهمة بخلاف النسب واذا سرق احد الزوجين من الاخر او العبد من سيده او
من امرأة سيده او زوج سيدته لم يقطع لوجود الاذن بالدخول عادة وان سرق
احد الزوجين من حرز الاخر خاصة لا يسكنان فيه فكذلك عندنا خلافا للشافعي
لتبسوطة بينهما في الاموال عادة ودلالة وهو نظير الخلاف في الشهادة ولو سرق
المولى من مكاتبه لم يقطع لان له في اكسابه حقا وكذا السارق من المغنم لان له فيه
نصيبا وهو مأثور عن علي رضي الله عنه درءا وتعليلا قال فالحرز على نوعين حرز لمعنى
فيه كالدور والبيوت وحرز بالحافظ قال رضي الله عنه الحرز لا بد منه لان الاستسرار لا يتحقق
دونه ثم هو قد يكون بالمكان وهو المكان المعد لاحراز الامتعة وحفظها كالدور والبيوت
والصندوق والحانوت وقد يكون بالحافظ كمن جلس في الطريق او في المسجد وعنده
متاعه فهو محرز به وقد قطع رسول الله صلى الله عليه وسلم من سرق رداء صفوان من تحت
رأسه وهو نائم في المسجد وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ هو الصحيح لانه محرز
بدونه وهو البيت وان لم يكن له باب او كان وهو مفتوح حتى يقطع السارق منه لان البناء
لقصد الاحراز الا انه لا يجب القطع الا بالاخراج لقيام يده فيما قبله بخلاف المحرز
بالحافظ حيث يجب القطع فيه كما اخذ لزوال يد المالك بمجرد الاخذ فتتم السرقة ولا فرق
بين ان يكون الحافظ مستيقظا او نائما والمتاع تحته او عنده هو الصحيح لانه يعد النائم عند
متاعه حافظا له في العادة وعلى هذا لا يضمن المودع والمستعير مثله لانه ليس بتضييع
بخلاف ما اختاره في الفتاوى قال ومن سرق شيئا من حرز او من غير حرز وصاحبه عنده
يحفظه قطع لانه سرق مالا محرزا باحد الحرزين ولا قطع على من سرق من حمام او من
بيت اذن للناس في دخوله لوجود الاذن عادة او حقيقة في الدخول فاختل
الحرز ويدخل في ذلك حوانيت التجار والخانات الا اذا سرق منها ليلا لانها بنيت

لاحراز المال وانما الاذن مختص بالنهار ومن سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده قطع لانه
محرز بالحافظ لان المسجد ما بني لاحراز الاموال فلم يكن المال محرزا بالمكان بخلاف الحمام
والبيت الذي اذن للناس في دخوله حيث لا يقطع لانه بني للاحراز فكان المكان حرزا
فلا يعتبر الاحراز بالحافظ ولا قطع على الضيف اذا سرق ممن اضافه لان البيت لم يبق
حرزا في حقه لكونه ماذونا في دخوله ولانه بمنزلة اهل الدار فيكون فعله خيانة لا سرقة
ومن سرق سرقة فلم يخرجها من الدار لم يقطع لان الدار كلها حرز واحد فلا بد من الاخراج
منها ولان الدار وما فيها في يد صاحبها معنى فيتمكن شبهة عدم الاخذ فان كانت دار
فيها مقاصير فاخرجها من مقصورة الى صحن الدار قطع لان كل مقصورة باعتبار ساكنها
حرز على حدة وان اغار انسان من اهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع لما بينا
واذا نقب اللص البيت فدخل واخذ المال وناوله آخر خارج البيت فلا قطع عليهما لان
الاول لم يوجد منه الاخراج لاعتراض يد معتبرة على المال قبل خروجه والثاني لم يوجد
منه هتك الحرز فلم تتم السرقة من كل واحد وعن ابي يوسف ان اخرج الداخل يده وناولها
الخارج فالقطع على الداخل وان ادخل الخارج يده فتناولها من يد الداخل فعليهما القطع
وهذا بناء على مسئلة تأتي بعد هذا وان القاه في الطريق ثم خرج فاخذه قطع وقال زفر
لا يقطع لان الالقاء غير موجب للقطع كما لو خرج ولم ياخذ وكذا الاخذ من السكة
كما لو اخذه غيره ولنا ان الرمي حيلة يعتادها السراق لتعذر الخروج مع المتاع او ليتفرغ
لقتال صاحب الدار او للفرار ولم يعترض عليه يد معتبرة فاعتبر الكل فعلا واحدا واذا
خرج ولم ياخذه فهو مضيع لا سارق وكذلك ان حمله على حمار فساقه واخرجه لان سيره
مضاف اليه بسوقه واذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الاخذ قطعوا جميعا قال رضي الله عنه
هذا استحسان والقياس ان يقطع الحامل وحده وهو قول زفر لان الاخراج منه فتمت
السرقة به ولنا ان الاخراج من الكل معنى للمعاونة كما في السرقة الكبرى وهذا لان
المعتاد فيما بينهم ان يحمل البعض المتاع ويتشمر الباقون للدفع فلو امتنع القطع ادى الى سد
باب الحد ومن نقب البيت وادخل يده فيه واخذ شيئا لم يقطع وعن ابي يوسف في الاملاء
انه يقطع لانه اخرج المال من الحرز وهو المقصود فلا يشترط الدخول فيه كما اذا ادخل يده
في صندوق الصيرفي واخرج الغطريفي ولنا ان هتك الحرز يشترط فيه الكمال تحرزا عن
شبهة العدم والكمال في الدخول وقد امكن اعتباره والدخول هو المعتاد بخلاف الصندوق
لان الممكن فيه ادخال اليد دون الدخول وبخلاف ما تقدم من حمل البعض المتاع لان ذلك

الغطريفي هو الدرهم المنسوب الى غطريف بن عطاء الكندي امير خراسان ايام الرشيد والدراهم الغطريفية كانت من اعز النقود ببخارى كذا في المغرب

هو المعتاد وإن طرّ صرة خارجة من الكم لم يقطع وإن أدخل يده في الكم يقطع لأن في الوجه
الأول الرباط من خارج فبالطر يتحقق الأخذ من الظاهر فلا يوجد هتك الحرز وفي الثاني
الرباط من داخل فبالطر يتحقق الأخذ من الحرز وهو الكم ولو كان مكان الطر حل الرباط
ثم الأخذ في الوجهين ينعكس الجواب لانعكاس العلة وعن أبي يوسف أنه يقطع على كل حال لأنه
محرز إما بالكم أو بصاحبه قلنا الحرز هو الكم لأنه يعتمده وإنما قصده قطع المسافة أو الاستراحة
فأشبه الجوالق وإن سرق من القطار بعيرا أو حملا لم يقطع لأنه ليس بحرز مقصود فيتمكن
شبهة العدم وهذا لأن السائق والقائد والراكب يقصدون قطع المسافة ونقل الأمتعة
دون الحفظ حتى لو كان مع الأحمال من يتبعها للحفظ قالوا يقطع وإن شق الحمل فأخذ منه
قطع لأن الجوالق في مثل هذا حرز لأنه يقصد بوضع الأمتعة فيه صيانتها كالكم فوجد
الأخذ من الحرز فيقطع وإن سرق جوالقا فيه متاع وصاحبه يحفظه أو نائم عليه قطع ومعناه
إذا كان الجوالق في موضع هو ليس بحرز كالطريق ونحوه حتى يكون محرزا بصاحبه لكونه مترصدا
للحفظ وهذا لأن المعتبر هو الحفظ المعتاد والجلوس عنده والنوم عليه يعد حفظا عادة و
كذا النوم بقربه على ما اخترناه من قبل وذكر في بعض النسخ وصاحبه نائم عليه أو حيث يكون
حافظا له وهذا يؤكد ما قدمناه من القول المختار

فصل في كيفية القطع وإثباته

قال ويقطع يمين السارق من الزند ويحسم فالقطع لما تلوناه من قبل واليمين بقراءة عبد الله بن مسعود
ومن الزند لأن الاسم يتناول اليد إلى الإبط وهذا المفصل أعني الرسغ متيقن به كيف
وقد صح أن النبي عليه السلام أمر بقطع يد السارق من الزند والحسم لقوله عليه السلام فاقطعوه واحسموه
ولأنه لو لم يحسم يفضي إلى التلف والحد زاجر لا متلف فإن سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى
فإن سرق ثالثا لم يقطع وخلد في السجن حتى يتوب وهذا استحسان ويعزر أيضا ذكره المشايخ
وقال الشافعي في الثالثة تقطع يده اليسرى وفي الرابعة تقطع رجله اليمنى لقوله عليه السلام
من سرق فاقطعوه فإن عاد فاقطعوه فإن عاد فاقطعوه فإن عاد فاقطعوه ويروى مفسرا
كما هو مذهبه ولأن الثالثة مثل الأولى في كونها جناية بل فوقها فتكون أدعى إلى شرع الحد
ولنا قول علي رضي الله عنه إني لأستحيي من الله أن لا أدع له يدا يأكل بها ويستنجي بها ورجلا
يمشي عليها وبهذا حاج بقية الصحابة فحجهم فانعقد إجماعا ولأنه إهلاك معنى لما فيه من تفويت
جنس المنفعة والحد زاجر ولأنه نادر الوجود والزجر فيما يغلب بخلاف القصاص لأنه حق
العبد فيستوفى ما أمكن جبرا لحقه والحديث طعن فيه الطحاوي أو نحمله على السياسة وإن كان السارق
أشل اليد اليسرى أو أقطع أو مقطوع الرجل اليمنى لم يقطع لأن فيه تفويت جنس المنفعة بطشا أو

مشيا وكذا إذا كانت رجله اليمنى شلاء لما قلنا وكذا إذا كانت إبهامه اليسرى مقطوعة
أو شلاء أو الإصبعان منها سوى الإبهام لأن قوام البطش بالإبهام فإن كانت إصبع
واحدة سوى الإبهام مقطوعة أو شلاء قطع لأن فوت الواحدة لا يوجب خللا ظاهرا
في البطش بخلاف فوت الإصبعين لأنهما تنزلان منزلة الإبهام في نقصان البطش
قال وإذا قال الحاكم للحداد اقطع يمين هذا في سرقة سرقها فقطع يساره عمدا فلا شيء
عليه عند أبي حنيفة وقالا لا شيء عليه في الخطأ ويضمن في العمد وقال زفر يضمن في الخطأ
أيضا وهو القياس والمراد بالخطأ هو الخطأ في الاجتهاد وأما الخطأ في معرفة اليمين واليسار
فلا يجعل عفوا وقيل يجعل عذرا أيضا له أنه قطع يدا معصومة والخطأ في حق العباد غير موضوع
فيضمنها قلنا إنه أخطأ في اجتهاده إذ ليس في النص تعيين اليمين والخطأ في الاجتهاد
عفو ولهما أنه قطع طرفا معصوما بغير حق ولا تأويل له لأنه تعمد الظلم فلا يعفى وإن كان
في المجتهدات وكان ينبغي أن يجب القصاص إلا أنه امتنع للشبهة ولأبي حنيفة أنه أتلف وأخلف
من جنسه ما هو خير منه فلا يعد إتلافا كمن شهد على غيره ببيع ماله بمثل قيمته ثم رجع وعلى هذا
لو قطعه غير الحداد لا يضمن هو الصحيح ولو أخرج السارق يساره وقال هذه يميني لا يضمن
بالاتفاق لأنه قطعه بأمره ثم في العمد عنده عليه ضمان المال لأنه لم يقع حدا وفي الخطأ
كذلك على هذه الطريقة وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن ولا يقطع السارق إلا أن يحضر
المسروق منه فيطالب بالسرقة لأن الخصومة شرط لظهورها ولا فرق بين الشهادة والإقرار
عندنا خلافا للشافعي في الإقرار لأن الجناية على مال الغير لا تظهر بدون خصومته وكذا إذا غاب
عند القطع عندنا لأن الاستيفاء من القضاء في باب الحدود وللمستودع وللغاصب
وصاحب الربا أن يقطعوا السارق منهم ولرب الوديعة أن يقطعه أيضا وكذا المغصوب منه
وقال زفر والشافعي لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع وعلى هذا الخلاف المستعير و
المستأجر والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمرتهن وكل من له يد حافظة
سوى المالك ويقطع بخصومة المالك في السرقة من هؤلاء إلا أن الراهن إنما يقطع بخصومته
حال قيام الرهن قبل قضاء الدين أو بعده لأنه لا حق له في المطالبة بالعين بدونه
للشافعي بناء على أصله أن لا خصومة لهؤلاء في الاسترداد عنده وزفر يقول ولاية
الخصومة في حقهم للاسترداد ضرورة الحفظ فلا تظهر في حق القطع لأن فيه تفويت الصيانة
لأنه إذا قطع لا يضمن العين فتفوت صيانة العين ولنا أن السرقة موجبة للقطع في نفسها
وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقا إذ الاعتبار

حاجتهم الى الاسترداد فيشترط في القطع والمقصود من الخصومة احياء حقه وسقوط العصمة
ضرورة الاستيفاء فلم يعتبر ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض كما اذا حضر المالك
وغاب المؤتمن فانه يقطع بخصومته في ظاهر الرواية وان كانت شبهة الاذن في دخول
الحرز ثابتة وان قطع سارق بسرقة فسرقت منه لم يكن له ولا لرب السرقة ان يقطع السارق
الثاني لان المال غير متقوم في حق السارق حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك فلم تنعقد
موجبة في نفسها وللاول ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية لحاجته اذ
الرد واجب عليه ولو سرق الثاني قبل ان يقطع الاول او بعد ما درئ القطع بشبهة
يقطع بخصومة الاول لان سقوط التقوم ضرورة القطع ولم يوجد فصار كالغاصب
ومن سرق سرقة فردها على المالك قبل الارتفاع الى الحاكم لم يقطع وعن ابي يوسف
انه يقطع اعتبارا بما اذا رده بعد المرافعة وجه الظاهر ان الخصومة شرط لظهور السرقة
لان البينة انما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة وقد انقطعت الخصومة بخلاف ما بعد
المرافعة لانتهاء الخصومة لحصول مقصودها فتبقى تقديرا واذا قضي على رجل بالقطع
في سرقة فوهبت له لم يقطع معناه اذا سلمت اليه وكذلك اذا باعها المالك اياه وقال
زفر والشافعي يقطع وهو رواية عن ابي يوسف لان السرقة قد تمت انعقادا وظهورا
وبهذا العارض لا يتبين قيام الملك وقت السرقة فلا شبهة ولنا ان الامضاء من
القضاء في هذا الباب لوقوع الاستغناء عنه بالاستيفاء اذ القضاء للاظهار
والقطع حق الله تعالى وهو ظاهر عنده واذا كان كذلك يشترط قيام الخصومة عند
الاستيفاء وصار كما اذا ملكها منه قبل القضاء قال وكذلك اذا نقصت قيمتها
من النصاب يعني قبل الاستيفاء لنقصان السعر وعن محمد انه يقطع وهو قول زفر والشافعي
اعتبارا بالنقصان في العين ولنا ان كمال النصاب لما كان شرطا يشترط قيامه عند
الامضاء لما ذكرنا بخلاف النقصان في العين لانه مضمون عليه فكمل النصاب عينا
ودينا كما اذا استهلكه كله اما نقصان السعر غير مضمون فافترقا فاذا ادعى السارق
ان العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وان لم يقم بينة معناه بعد ما شهد الشاهدان
بالسرقة وقال الشافعي لا يسقط بمجرد الدعوى لانه لا يعجز عنه سارق فيؤدي الى
سد باب الحد ولنا ان الشبهة دارئة للحد وتتحقق بمجرد الدعوى للاحتمال ولا معتبر
بما قال بدليل صحة الرجوع بعد الاقرار واذا اقر رجلان بسرقة ثم قال احدهما
هو مالي لم يقطعا لان الرجوع عامل في حق الراجع ومورث للشبهة في حق الاخر لان

السرقة

السرقة تثبت باقرارهما على الشركة فان سرقا ثم غاب احدهما وشهد الشاهدان على سرقتهما
قطع الاخر في قول ابي حنيفة الاخر وهو قولهما وكان يقول اولا لا يقطع لانه
لو حضر ربما يدعي الشبهة وجه قوله الاخر ان الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب
فيبقى معدوما والمعدوم لا يورث الشبهة ولا معتبر بتوهم حدوث الشبهة على ما مر
واذا اقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها فانه يقطع وترد السرقة الى
المسروق منه وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يقطع والعشرة للمولى وقال محمد لا
يقطع والعشرة للمولى ومعناه اذا كذبه المولى ولو اقر بسرقة مال مستهلك قطعت يده
ولو كان العبد ماذونا له يقطع في الوجهين وقال زفر لا يقطع في الوجوه كلها
لان الاصل عنده ان اقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص لا يصح لانه يرد
على نفسه وطرفه وكل ذلك مال المولى والاقرار على الغير غير مقبول الا ان الماذون
يؤاخذ بالضمان والمال لصحة اقراره به لكونه مسلطا عليه من جهته والمحجور عليه لا يصح اقراره
بالمال ايضا ونحن نقول يصح اقراره من حيث انه آدمي ثم يتعدى الى المالية فيصح من حيث
انه مال ولانه لا تهمة في هذا الاقرار لما يشتمل عليه من الاضرار ومثله مقبول على الغير
لمحمد في المحجور عليه ان اقراره بالمال باطل ولهذا لا يصح منه بالغصب فيبقى مال المولى
ولا قطع على العبد في سرقة مال المولى يؤيده ان المال اصل فيها والقطع تابع حتى تسمع الخصومة فيه
بدون القطع ويثبت المال دونه وفي عكسه لا تسمع ولا يثبت واذا بطل فيما هو الاصل
بطل في التبع بخلاف الماذون لان اقراره بالمال الذي في يده صحيح فيصح في حق القطع
تبعا ولابي يوسف انه اقر بشيئين بالقطع وهو على نفسه فيصح على ما ذكرناه وبالمال
وهو على المولى فلا يصح في حقه فيه والقطع يستحق دونه كما اذا قال الحر الثوب الذي
في يد زيد سرقته من عمرو وزيد يقول هو ثوبي يقطع يد المقر وان كان لا يصدق
في تعيين الثوب حتى لا يؤخذ من زيد ولابي حنيفة ان الاقرار بالقطع قد صح منه
لما بينا فيصح بالمال بناء عليه لان الاقرار يلاقي حالة البقاء والمال في حالة البقاء
تابع للقطع حتى تسقط عصمة المال باعتباره ويستوفى القطع بعد استهلاكه بخلاف
مسألة الحر لان القطع يجب بالسرقة من المودع اما لا يجب بسرقة العبد مال المولى فافترقا
ولو صدقه المولى يقطع في الفصول كلها لزوال المانع قال واذا قطع السارق
والعين قائمة في يده ردت على صاحبها لبقائها على ملكه وان كانت مستهلكة لم يضمن
وهذا الاطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك وهو رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة وهو المشهور

وهو قول زفر

وروى الحسن عنه انه يضمن في الاستهلاك وقال الشافعي يضمن فيهما لانهما حقان قد اختلف
سبباهما فلا يتنافيان فالقطع حق الشرع وسببه ترك الانتهاء عما نهي عنه والضمان حق
العبد وسببه اخذ المال فصار كاستهلاك صيد مملوك في الحرم او شرب خمر مملوكة للذمي
ولنا قوله عليه السلام لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه ولان وجوب الضمان ينافي
القطع لانه يتملكه باداء الضمان مستندا الى وقت الاخذ فتبين انه ورد على ملكه
فينتفي القطع وما يؤدي الى انتفائه فهو المنتفي ولان المحل لا يبقى معصوما حقا للعبد
اذ لو بقي لكان مباحا في نفسه فينتفي القطع
للشبهة فيصير محرما حقا للشرع كالميتة ولا ضمان فيه الا ان العصمة لا تظهر سقوطها
في حق الاستهلاك لانه فعل آخر غير السرقة ولا ضرورة في حقه وكذا الشبهة تعتبر
فيما هو السبب دون غيره ووجه المشهور ان الاستهلاك اتمام المقصود فتعتبر الشبهة فيه
وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان لانه من ضرورات سقوطها في حق الهلاك
لانتفاء المماثلة. قال ومن سرق سرقات فقطع في احداها فهو لجميعها ولا يضمن شيئا
عند ابي حنيفة وقالا يضمن كلها الا التي قطع لها ومعنى المسئلة اذا حضر احدهم فان حضروا
جميعا وقطعت يده بخصومتهم لا يضمن شيئا بالاتفاق في السرقات كلها لهما ان الحاضر ليس
نائبا عن الغائب ولا بد من الخصومة لتظهر السرقة فلم تظهر السرقة من الغائبين فلم يقع القطع
لها فبقيت اموالهم معصومة وله ان الواجب بالكل قطع واحد حقا لله تعالى لان مبنى الحدود
على التداخل والخصومة شرط للظهور عند القاضي فاذا استوفى فالمستوفى كل الواجب
الا ترى انه يرجع نفعه الى الكل فيقع عن الكل وعلى هذا الخلاف اذا كان النصب كلها
لواحد فخاصم في البعض

باب ما يحدث السارق في السرقة

ومن سرق ثوبا فشقه في الدار
بنصفين ثم اخرجه وهو يساوي عشرة دراهم قطع وعن ابي يوسف انه لا يقطع لان له فيه
سبب الملك وهو الخرق الفاحش فانه يوجب القيمة وتملك المضمون وصار كالمشتري اذا
سرق مبيعا فيه خيار للبائع ولهما ان الاخذ وضع سببا للضمان لا للملك وانما الملك يثبت
ضرورة اداء الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد ومثله لا يورث الشبهة كنفس
الاخذ وكما اذا سرق البائع معيبا باعه بخلاف ما ذكر لان البيع موضوع لافادة
الملك وهذا الخلاف فيما اذا اختار تضمين النقصان واخذ الثوب فان اختار تضمين
القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ كما اذا
ملكه بالهبة فاورث شبهة وهذا كله اذا كان النقصان فاحشا فان كان يسيرا يقطع

فتبين — لكان — نقصان

بالاتفاق

بالاتفاق لانعدام سبب الملك اذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة وان سرق شاة فذبحها
ثم اخرجها لم يقطع لان السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه ومن سرق ذهبا او فضة يجب فيه
القطع فصنعه دراهم او دنانير قطع فيه وترد الدراهم والدنانير الى المسروق منه
وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا سبيل للمسروق منه عليها واصله في الغصب فهذه صنعة
متقومة عندهما خلافا له ثم وجوب الحد لا يشكل على قوله لانه لم يملكه وقيل على قولهما
لا يجب لانه ملكه قبل القطع وقيل يجب لانه صار بالصنعة شيئا آخر فلم يملك عينه
فان سرق ثوبا فصبغه احمر لم يؤخذ منه الثوب ولم يضمن وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد يؤخذ منه الثوب ويعطى ما زاد الصبغ فيه اعتبارا بالغصب والجامع كون الثوب
اصلا قائما وكون الصبغ تابعا ولهما ان الصبغ قائم صورة ومعنى حتى لو اراد اخذه
مصبوغا يضمن ما زاد الصبغ فيه وحق المالك في الثوب قائم صورة لا معنى الا ترى انه
غير مضمون على السارق بالهلاك فرجحنا جانب السارق بخلاف الغصب لان حق كل
واحد قائم صورة ومعنى فاستويا من هذا الوجه فرجحنا جانب المالك بما ذكرنا وان صبغه
اسود اخذ منه الثوب في المذهبين يعني عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف هذا والاول
سواء لان السواد زيادة عنده كالحمرة وعند محمد زيادة ايضا كالحمرة ولكنه لا يقطع حق
المالك وعند ابي حنيفة السواد نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك والله تعالى اعلم

باب قطع الطريق

واذا خرج جماعة ممتنعين او واحد يقدر على الامتناع
فقصدوا قطع الطريق فاخذوا قبل ان ياخذوا مالا ويقتلوا نفسا حبسهم الامام حتى
يحدثوا توبة وان اخذوا مال مسلم او ذمي والماخوذ اذا قسم على جماعتهم اصاب
كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعدا او ما تبلغ قيمته ذلك قطع الامام ايديهم وارجلهم
من خلاف وان قتلوا ولم ياخذوا مالا قتلهم الامام حدا والاصل فيه قوله تعالى
انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الاية والمراد منه والله اعلم التوزيع على الاحوال
وهي اربعة هذه الثلاثة المذكورة ورابعة نذكرها ولان الجنايات تتفاوت على الاحوال
فاللائق تغلظ الحكم بتغلظها اما الحبس في الاولى فلانه المراد بالنفي المذكور
لانه نفي عن وجه الارض بدفع شرهم عن اهلها ويعزرون ايضا لمباشرتهم منكر الاخافة
وشرط القدرة على الامتناع لان المحاربة لا تتحقق الا بالمنعة والحالة الثانية كما بيناه
لما تلوناه وشرط ان يكون الماخوذ مال مسلم او ذمي لتكون العصمة مؤبدة ولهذا لو قطع الطريق
على المستامن لا يجب القطع وشرط كمال النصاب في حق كل واحد كيلا يستباح طرفه الا

لا يقطع

بينا ولو ما ادّ لانه خطرٌ والمراد قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى كيلا يؤدي الى تفويت
جنس المنفعة والحالة الثالثة كما بينا لما تلوناه ويقتلون حدًّا حتى لو عفا الاولياء عنهم
لا يلتفت الى عفوهم لانه حق الشرع والرابعة اذا قتلوا واخذوا المال فالامام بالخيار
ان شاء قطع ايديهم وارجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم وان شاء قتلهم وان شاء صلبهم وقال
محمد يقتل ويصلب ولا يقطع لانه جناية واحدة فلا توجب حدين ولان ما دون النفس
يدخل في النفس في باب الحد كحد السرقة والرجم ولهما ان هذه عقوبة واحدة تغلظت
لتغلظ سببها وهو تفويت الامن على التناهي بالقتل واخذ المال ولهذا كان قطع اليد
والرجل معًا في الكبرى حدًّا واحدًا وان كانا في الصغرى حدين والتداخل في الحدود
لا في حد واحد ثم ذكر في الكتاب التخيير بين الصلب وتركه وهو ظاهر الرواية وعن
ابي يوسف انه لا يترك لانه منصوص عليه والمقصود التشهير ليعتبر به غيره ونحن نقول
اصل التشهير بالقتل والمبالغة بالصلب فيخير فيه ثم قال يصلب حيًّا ويبعج بطنه
برمح الى ان يموت ومثله عن الكرخي وعن الطحاوي انه يقتل ثم يصلب توقيا عن المثلة
وجه الاول وهو الاصح ان الصلب على هذا الوجه ابلغ في الردع وهو المقصود به قال
ولا يصلب اكثر من ثلثة ايام لانه يتغير بعدها فيتاذى الناس به وعن ابي يوسف انه يترك
على خشبته حتى يتقطع فيسقط ليعتبر به غيره قلنا حصل الاعتبار بما ذكرناه والنهاية
غير مطلوبة قال واذا قتل القاطع فلا ضمان عليه في مال اخذه اعتبارا بالسرقة الصغرى
وقد بيناه وان باشر القتل احدهم اجري الحد عليهم باجمعهم لانه جزاء المحاربة وهي
تتحقق بان يكون البعض ردءا للبعض حتى اذا زلت اقدامهم انحازوا اليهم وانما
الشرط القتل من واحد منهم وقد تحقق قال والقتل ان كان بعصا او بحجر او بسيف
فهو سواء لانه يقع قطعا للطريق بقطع المارة وان لم يقتل القاطع ولم ياخذ مالا و
وقد جرح اقتص منه فيما فيه القصاص واخذ الارش منه فيما فيه الارش وذلك
الى الاولياء لانه لا حد في هذه الجناية فظهر حق العبد وهو ما ذكرناه فيستوفيه
الولي وان اخذ مالا ثم جرح قطعت يده ورجله وبطلت الجراحات لانه لما وجب
الحد حقا لله تعالى سقطت عصمة النفس حقا للعبد كما تسقط عصمة المال وان اخذ
بعدما تاب وقد قتل عمدا فان شاء الاولياء قتلوه وان شاؤا عفوا عنه لان الحد
في هذه الجناية لا يقام بعد التوبة للاستثناء المذكور في النص ولان التوبة
تتوقف على رد المال ولا قطع في مثله فظهر حق العبد في النفس والمال حتى يستوفي

لا يترك

الولي

الولي القصاص وان شاء عفا ويجب الضمان اذا هلك في يده او استهلكه وان كان من القطاع
صبي او مجنون او ذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين فالمذكور
في الصبي والمجنون قول ابي حنيفة وزفر وعن ابي يوسف انه لو باشر العقلاء يحد الباقون
وعلى هذا السرقة الصغرى له ان المباشر اصل والردء تابع ولا خلل في مباشرة العاقل
ولا اعتبار بالخلل في التبع وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم ولهما انه جناية واحدة قامت
بالكل واذا لم يقع فعل بعضهم موجبا كان فعل الباقين بعض العلة وبه لا يثبت الحكم فصار
كالخاطئ مع العامد واما ذو الرحم المحرم فقد قيل تاويله اذا كان المال مشتركا بين المقطوع
عليهم والاصح انه مطلق لان الجناية واحدة على ما ذكرناه فالامتناع في حق البعض يوجب
الامتناع في حق الباقين بخلاف ما اذا كان فيهم مستامن لان الامتناع في حقه لخلل
في العصمة وهو يخصه اما ههنا الامتناع لخلل في الحرز والقافلة حرز واحد واذا سقط
الحد صار القتل الى الاولياء لظهور حق العبد على ما ذكرناه وان شاؤا قتلوا وان شاؤا عفوا
واذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد لان الحرز واحد فصارت القافلة
كدار واحدة ومن قطع الطريق ليلا او نهارا في المصر او بين الكوفة والحيرة فليس بقاطع
الطريق استحسانا وفي القياس يكون قاطع الطريق وهو قول الشافعي لوجوده حقيقة وعن
ابي يوسف انه يجب الحد اذا كان خارج المصر وان كان بقربه لانه لا يلحقه الغوث
وعنه ان قاتلوا نهارا بالسلاح او ليلا به او بالخشب فهم قطاع الطريق لان السلاح
لا يلبث والغوث يبطئ بالليالي ونحن نقول ان قطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق
ذلك في المصر ويقرب منه لان الظاهر لحوق الغوث الا انهم يؤخذون برد المال
ايصالا للحق الى المستحق ويؤدبون ويحبسون لارتكابهم الجناية وان قتلوا فالامر فيه
الى الاولياء لما بينا ومن خنق رجلا حتى قتله فالدية على عاقلته عند ابي حنيفة وهي
مسئلة القتل بالمثقل وسنبين في الديات ان شاء الله تعالى وان خنق في المصر غير مرة
قتل به لانه صار ساعيا في الارض بالفساد فيدفع شره بالقتل والله تعالى اعلم

كتاب السير

السير جمع سيرة وهي الطريقة في الامور وفي الشرع
تختص بسير النبي عليه السلام في مغازيه قال الجهاد فرض على الكفاية اذا قام به فريق
من الناس سقط عن الباقين اما الفرضية فلقوله تعالى اقتلوا المشركين ولقوله عليه السلام
الجهاد ماض الى يوم القيمة اراد به فرضا باقيا وهو على الكفاية لانه ما فرض لعينه
اذ هو افساد في نفسه وانما فرض لاعزاز دين الله تعالى ودفع الشر عن العباد فاذا حصل

المقصود بالبعض سقط عن الباقين كصلاة الجنازة ورد السلام وان لم يقم به احد اثم جميع الناس
بتركه لان الوجوب على الكل والا ان في اشتغال الكل به قطع مادة الجهاد من الكراع والسلاح
فيجب على الكفاية الا ان يكون النفير عاما فحينئذ يصير من فروض الاعيان لقوله تعالى انفروا
خفافا وثقالا الآية وقال في الجامع الصغير الجهاد واجب الا ان المسلمين في سعة حتى يحتاج
اليهم فاول هذا الكلام اشارة الى الوجوب على الكفاية وآخره الى النفير العام وهذا
لان المقصود عند ذلك لا يتحصل الا باقامة الكل فيفترض على الكل قال وقتال الكفار
واجب وان لم يبدأونا للعمومات ولا يجب الجهاد على صبي لان الصبي مظنة المرحمة ولا عبد
ولا امراة لتقدم حق المولى والزوج ولا اعمى ولا مقعد ولا اقطع لعجزهم فان هجم
العدو على بلد وجب على جميع الناس الدفع تخرج المراة بغير اذن زوجها والعبد
بغير اذن سيده لانه صار فرض عين وملك اليمين ورق النكاح لا يظهر في حق فروض
الاعيان كما في الصلاة والصوم بخلاف ما قبل النفير لان بغيرهما مقنعا فلا ضرورة
الى ابطال حق المولى والزوج ويكره الجعل ما دام للمسلمين فيء لانه يشبه الاجر ولا ضرورة
اليه لان مال بيت المال معد لنوائب المسلمين قال فاذا لم يكن فلا باس بان يقوي
بعضهم بعضا لان فيه دفع الضرر الاعلى بالحاق الادنى يؤيده ان النبي عليه الصلاة والسلام
اخذ دروعا من صفوان وعمر كان يغزي الاعزب عن ذي الحليلة ويعطي الشاخص
فرس القاعد **باب كيفية القتال** واذا دخل المسلمون دار الحرب فحاصروا
مدينة او حصنا دعوهم الى الاسلام لما روى ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي عليه الصلاة والسلام
ما قاتل قوما حتى دعاهم الى الاسلام فان اجابوا كفوا عن قتالهم لحصول المقصود وقد قال
عليه السلام امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله الحديث فان امتنعوا دعوهم
الى اداء الجزية به امر رسول الله صلى الله عليه وسلم امراء الجيوش ولانه احد ما ينتهي به القتال
على ما نطق به النص وهذا في حق من تقبل منه الجزية ومن لا تقبل منه كالمرتدين وعبدة
الاوثان من العرب لا فائدة في دعائهم الى قبول الجزية لانه لا يقبل منهم الا الاسلام
قال الله تعالى تقاتلونهم او يسلمون فان بذلوها فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين لقول
علي رضي الله عنه انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا والمراد
بالبذل القبول وكذا المراد بالاعطاء المذكور في القرآن ولا يجوز ان يقاتل
من لم تبلغه الدعوة الى الاسلام الا ان يدعوه لقوله عليه السلام في وصية امراء الاجناد
فادعهم الى شهادة ان لا اله الا الله ولانهم بالدعوة يعلمون انا نقاتلهم على الدين لا

لا على سلب الاموال وسبي الذراري فلعلهم يجيبون فنكفى مؤنة القتال ولو قاتلهم
قبل الدعوة اثم للنهي ولا غرامة لعدم العاصم وهو الدين او الاحراز بالدار
فصار كقتل النسوان والصبيان ويستحب ان يدعو من بلغته الدعوة مبالغة في الانذار
ولا يجب ذلك لانه عليه السلام اغار على بني المصطلق وهم غارون وعهد
الى اسامة ان يغير على ابنى صباحا ثم يحرق والغارة لا تكون بدعوة قال
فان ابوا استعانوا بالله عليهم وحاربوهم لقوله عليه السلام في حديث سليمان بن بريدة
فان ابوا ذلك فادعهم الى اعطاء الجزية الى ان قال فان ابوها فاستعن بالله عليهم
وقاتلهم ولانه تعالى هو الناصر لاوليائه والمدمر على اعدائه في كل الامور
قال ونصبوا عليهم المجانيق كما نصب رسول الله صلى الله عليه وسلم على الطائف وحرقوهم
لان النبي عليه السلام احرق البويرة قال وارسلوا عليهم الماء وقطعوا اشجارهم وافسدوا
زروعهم لان في جميع ذلك الحاق الكبت والغيظ بهم وكسر شوكتهم وتفريق جمعهم
فيكون مشروعا ولا باس برميهم وان كان فيهم مسلم اسير او تاجر لان في الرمي
دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام وقتل الاسير والتاجر ضرر خاص و
لانه قلما يخلو حصن عن مسلم فلو امتنع باعتباره لانسد بابه وان تترسوا بصبيان
المسلمين او بالاسارى لم يكفوا عن رميهم لما بينا ويقصدون بالرمي الكفار لانه ان
تعذر التمييز فعلا فقد امكن قصدا والطاعة بحسب الطاقة وما اصابوه منهم لا دية عليهم
ولا كفارة لان الجهاد فرض والغرامات لا تقرن بالفروض بخلاف حالة المخمصة لانه
لا يمتنع مخافة الضمان لما فيه من احياء نفسه اما الجهاد فمبني على اتلاف النفس فيمتنع حذار
الضمان قال ولا باس باخراج النساء والمصاحف مع المسلمين اذا كان عسكرا عظيما يؤمن عليه
لان الغالب هو السلامة والغالب كالمتحقق ويكره اخراج ذلك في سرية لا يؤمن عليها
لان فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة وتعريض المصاحف على الاستخفاف فانهم يستخفون
بها مغايظة للمسلمين وهو التاويل الصحيح لقوله عليه السلام لا تسافروا بالقرآن في ارض العدو
ولو دخل مسلم اليهم بامان لا باس بان يحمل معه المصحف اذا كانوا قوما يوفون بالعهد
لان الظاهر عدم التعرض والعجائز يخرجن في العسكر العظيم لاقامة عمل يليق بهن كالطبخ
والسقي والمداواة واما الشواب فمقامهن في البيوت ادفع للفتنة ولا يباشرن
القتال لانه يستدل به على ضعف المسلمين الا عند الضرورة ولا يستحب اخراجهن للمباضعة
والخدمة فان كانوا لا بد مخرجين فبالاماء دون الحرائر ولا تقاتل المراة الا باذن زوجها

ولا العبد الا باذن مولاه لما بينا قال وينبغي للمسلمين ان لا يغدروا ولا
يغلوا ولا يمثلوا لقوله عليه السلام لا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا والغلول السرقة من المغنم
والغدر الخيانة ونقض العهد والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة بالنهي المتاخر
هو المنقول ولا يقتلوا امراة ولا صبيا ولا شيخا فانيا ولا مقعدا ولا اعمى لان المبيح
للقتل عندنا هو الحراب ولا يتحقق منهم ولهذا لا يقتل يابس الشق والمقطوع اليمنى والمقطوع
يده ورجله من خلاف والشافعي يخالفنا في الشيخ الفاني والمقعد والاعمى لان المبيح عنده
الكفر والحجة عليه ما بينا وقد صح ان النبي عليه السلام نهى عن قتل الصبيان والذراري وحين
رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم امراة مقتولة قال هاه ما كانت هذه تقاتل فلم قتلت
قال الا ان يكون احد هؤلاء ممن له راي في الحرب او تكون المراة ملكة لتعدي ضررها
الى العباد وكذا يقتل من قاتل من هؤلاء دفعا لشره ولان القتال مبيح حقيقة
ولا يقتلوا مجنونا لانه غير مخاطب الا ان يقاتل فيقتل دفعا لشره غير ان الصبي والمجنون
يقتلان ما داما يقاتلان وغيرهما لا باس بقتله بعد الاسر لانه من اهل العقوبة
لتوجه الخطاب نحوه وان كان يجن ويفيق فهو في حال افاقته كالصحيح ويكره ان يبتدئ
الرجل اباه من المشركين فيقتله لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا ولانه يجب عليه
احياؤه بالانفاق فيناقضه الاطلاق في افنائه فان ادركه امتنع عليه حتى يقتله غيره
لان المقصود يحصل بغيره من غير اقتحامه المأثم وان قصد الاب قتله بحيث لا يمكنه دفعه
الا بقتله لا باس به لان مقصوده الدفع الا ترى انه لو شهر الاب المسلم سيفه على ابنه
ولا يمكنه دفعه الا بقتله لا باس به لان مقصوده الدفع الا ترى انه لو شهر الاب
المسلم سيفه على ابنه ولا يمكنه دفعه الا بقتله لما بينا فهذا اولى

باب الموادعة ومن يجوز امانه

واذا راى الامام ان يصالح اهل الحرب او فريقا منهم
وكان في ذلك مصلحة للمسلمين فلا باس به لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها ووادع
رسول الله صلى الله عليه وسلم اهل مكة عام الحديبية على ان يضع الحرب بينه وبينهم
عشر سنين ولان الموادعة جهاد معنى اذا كان خيرا للمسلمين لان المقصود وهو دفع
الشر حاصل به ولا يقتصر الحكم على المدة المروية لتعدي المعنى الى ما زاد عليها بخلاف
ما اذا لم يكن خيرا لانه ترك الجهاد صورة ومعنى وان صالحهم مدة ثم راى نقض الصلح
انفع نبذ اليهم وقاتلهم لان النبي عليه السلام نبذ الموادعة التي كانت بينه وبين اهل مكة
ولان المصلحة لما تبدلت كان النبذ جهادا وايفاء العهد ترك الجهاد صورة ومعنى ولا بد

من النبذ تحرزا عن الغدر وقد قال عليه السلام في العهود وفاء لا غدر ولا بد من اعتبار مدة
يبلغ خبر النبذ الى جميعهم ويكتفى في ذلك بمضي مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من انفاذ
الخبر الى اطراف مملكته لان بذلك ينتفي الغدر قال وان بدأوا بخيانة قاتلهم ولم ينبذ
اليهم اذا كان ذلك باتفاقهم لانهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة الى نقضه بخلاف ما
اذا دخل جماعة منهم فقطعوا الطريق ولا منعة لهم حيث لا يكون هذا نقضا للعهد ولو كانت
لهم منعة وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضا للعهد في حقهم دون غيرهم لانه بغير
اذن ملكهم ففعلهم لا يلزم غيرهم حتى لو كان باذن ملكهم صاروا ناقضين للعهد لانه
باتفاقهم معنى واذا راى الامام موادعة اهل الحرب وان ياخذ على ذلك مالا فلا باس
لانه لما جازت الموادعة بغير المال فكذا بالمال لكن هذا اذا كان بالمسلمين حاجة اما اذا
لم يكن لا يجوز لما بينا من قبل والمأخوذ من المال يصرف مصارف الجزية اذا لم ينزلوا
بساحتهم بل ارسلوا رسولا لانه في معنى الجزية اما اذا احاط الجيش بهم ثم اخذوا المال
فهو غنيمة يخمسها ويقسم الباقي بينهم لانه ماخوذ بالقهر معنى واما المرتدون فيوادعهم الامام
حتى ينظر في امرهم لان الاسلام مرجو منهم فجاز تاخير قتالهم طمعا في اسلامهم ولا ياخذ
عليه مالا لانه لا يجوز اخذ الجزية منهم لما بينا ولو اخذه لم يرده عليهم لانه مال غير معصوم
ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الموادعة على مال يدفعه المسلمون اليهم لا يفعل الامام
لما فيه من اعطاء الدنية والحاق المذلة باهل الاسلام الا اذا خاف الهلاك لان
دفع الهلاك واجب باي طريق يمكن ولا ينبغي ان يباع السلاح من اهل الحرب ولا يجهز
اليهم لان النبي عليه السلام نهى عن بيع السلاح من اهل الحرب وحمله اليهم ولان فيه تقويتهم
على قتال المسلمين فيمنع من ذلك وكذا الكراع لما بينا وكذا الحديد لانه اصل السلاح وكذا
بعد الموادعة لانها على شرف النقض او الانقضاء فكانوا حربا علينا وهذا هو القياس
في الطعام والثوب الا انا عرفناه بالنص فانه عليه السلام امر ثمامة ان يمير اهل مكة
وهم حرب عليه

فصل

واذا آمن رجل حر او امراة حرة كافرا او جماعة
او اهل حصن او مدينة صح امانهم ولم يكن لاحد من المسلمين قتالهم والاصل فيه قوله عليه السلام
المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم ادناهم اي اقلهم وهو الواحد ولانه من اهل القتال
فيخافونه اذ هو من اهل المنعة فيتحقق الامان منه لملاقاته محله ثم يتعدى الى غيره ولان
سببه لا يتجزى وهو الايمان وكذا الامان لا يتجزى فيتكامل كولاية الانكاح قال الا
ان يكون في ذلك مفسدة فينبذ اليهم كما اذا آمن الامام بنفسه ثم راى المصلحة في النبذ وقد

بيناه وإذا حاصر الإمام حصناً وأمن واحد من الجيش وفيه مفسدة نبذ الإمام لما بينا
ويؤدبه الإمام لافتياته على رأيه بخلاف ما إذا كان فيه نظر لأنه ربما يفوت المصلحة بالتأخير
فكان معذوراً ولا يجوز أمان ذمي لأنه متهم بهم وكذا لا ولاية له على المسلمين قال ولا أسير
ولا تاجر يدخل عليهم لأنهما مقهوران تحت أيديهم فلا يخافونهما والأمان يختص بمحل الخوف
ولأنهما يجبران عليه فيعرى الأمان عن المصلحة ولأنهم كلما اشتد الأمر عليهم يجدون
أسيراً أو تاجراً فيتخلصون بأمانه فلا ينفتح لنا باب الفتح ومن أسلم في دار الحرب ولم
يهاجر إلينا لا يصح أمانه لما بينا ولا يجوز أمان العبد عند أبي حنيفة إلا أن يأذن له مولاه
في القتال وقال محمد يصح وهو قول الشافعي وأبو يوسف معه في رواية ومع أبي حنيفة
في رواية لمحمد قوله عليه السلام أمان العبد أمان رواه أبو موسى الأشعري ولأنه مؤمن ممتنع
فيصح أمانه اعتباراً بالمأذون له في القتال وبالمؤثر في الأمان فالإيمان لكونه
شرطاً للعبادة والجهاد عبادة والامتناع ليتحقق إزالة الخوف به والتأثير إعزاز
الدين وإقامة المصلحة في حق جماعة المسلمين إذ الكلام في مثل هذه الحالة وإنما لا يملك
المسايفة لما فيه من تعطيل منافع المولى ولا تعطيل في مجرد القول ولأبي حنيفة أنه
محجور عن القتال فلا يصح أمانه لأنهم لا يخافونه فلم يلاق الأمان محله بخلاف المأذون
في القتال لأن الخوف منه متحقق ولأنه إنما لا يملكه لما أنه تصرف في حق المولى
على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر في حقه والأمان نوع قتال وفيما ذكرناه لأنه
قد يخطئ بل هو الظاهر وفيه سد باب الاستغنام بخلاف المأذون لأنه رضي به والخطأ
نادر لمباشرته القتال وبخلاف المؤثر لأنه خلف عن الإسلام فهو بمنزلة الدعوة
إليه ولأنه مقابل بالجزية ولأنه مفروض عند مسألتهم ذلك إسقاطاً للفرض [illegible]
ولو أمن الصبي وهو لا يعقل لا يصح كالمجنون وإن كان يعقل وهو محجور عن القتال فعلى
الخلاف وإن كان مأذوناً له في القتال فالأصح أنه يصح بالاتفاق والله أعلم

باب الغنائم وقسمتها

وإذا فتح الإمام بلدة عنوة أي قهراً فهو بالخيار
إن شاء قسمه بين المسلمين كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر وإن شاء أقر أهلها
عليه ووضع عليهم الجزية وعلى أراضيهم الخراج كذلك فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق
بموافقة من الصحابة رضي الله عنهم ولم يحمد من خالفه وفي كل من ذلك قدوة فيتخير
وقيل الأولى هو الأول عند حاجة الغانمين والثاني عند عدم الحاجة ليكون عدة
في الزمان الثاني وهذا في العقار أما في المنقول المجرد لا يجوز المن بالرد عليهم لأنه لم يرد

العنوة الذلة والخضوع وقوله قهراً ليس تفسيراً له لغة لأن العنوة لازم وقد يتعدى ... كفاية

به الشرع فيه وفي العقار خلاف الشافعي لأن في المن إبطال حق الغانمين أو ملكهم
فلا يجوز من غير بدل يعادله والخراج غير معادل لقلته بخلاف الرقاب ولنا أن للإمام
أن يبطل حقهم رأساً بالقتل والحجة عليه ما رويناه ولأن فيه نظراً لأنهم كالأكرة
العاملة للمسلمين العالمة بوجوه الزراعة والمؤن مرتفعة مع ما أنه يحظى به الذين
يأتون من بعد والخراج إن قل حالاً فقد جل مآلاً لدوامه وإن من عليهم بالرقاب
والأراضي يدفع إليهم من المنقولات بقدر ما يتهيأ لهم العمل ليخرج عن حد الكراهة
قال وهو في الأسارى بالخيار إن شاء قتلهم لأن النبي عليه السلام قد قتل ولأن فيه حسم
مادة الفساد وإن شاء استرقهم لأن فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لأهل الإسلام
وإن شاء تركهم أحراراً ذمة للمسلمين لما بينا إلا مشركي العرب والمرتدين على ما نبين
إن شاء الله تعالى ولا يجوز أن يردهم إلى دار الحرب لأن فيه تقويتهم على المسلمين فإن أسلموا
لا يقتلهم لاندفاع الشر بدونه وله أن يسترقهم توفيراً للمنفعة بعد انعقاد سبب الملك
بخلاف إسلامهم قبل الأخذ لأنه لم ينعقد السبب بعد ولا يفادى بالأسارى
عند أبي حنيفة وقالا يفادى بهم أسارى المسلمين وهو قول الشافعي لأن فيه تخليص
المسلم وهو أولى من قتل الكافر والانتفاع به وله أن فيه معونة للكفرة لأنه يعود
حرباً علينا ودفع شر حرابه خير من استنقاذ الأسير المسلم لأنه إذا بقي في أيديهم
كان ابتلاء في حقه غير مضاف إلينا والإعانة بدفع أسيرهم إليهم مضاف إلينا
أما المفاداة بمال نأخذه منهم لا يجوز في المشهور من المذهب لما بينا وفي السير
الكبير أنه لا بأس به إذا كان بالمسلمين حاجة استدلالاً بأسارى بدر ولو كان
أسلم الأسير في أيدينا لا يفادى بمسلم أسير في أيديهم لأنه لا يفيد إلا إذا طابت نفسه
به وهو مأمون على إسلامه قال ولا يجوز المن عليهم أي على الأسارى خلافاً للشافعي
فإنه يقول من رسول الله صلى الله عليه وسلم على بعض الأسارى يوم بدر ولنا
قوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولأنه بالأسر والقهر ثبت حق الاسترقاق
فيه فلا يجوز إسقاطه بغير منفعة وعوض وما رواه منسوخ بما تلوناه وإذا أراد
الإمام العود ومعه مواش فلم يقدر على نقلها إلى دار الإسلام ذبحها وحرقها
ولا يعقرها ولا يتركها وقال الشافعي يتركها لأن النبي عليه السلام نهى عن ذبح الشاة
إلا لمأكلة ولنا أن ذبح الحيوان يجوز لغرض صحيح ولا غرض أصح من كسر شوكة
الأعداء ثم يحرق بالنار لينقطع منفعته عن الكفار وصار كتخريب البنيان بخلاف

التحريق قبل الذبح لانه منهي عنه ويجاوز العقر لانه مثلة ويحرق الاسلحة ايضا وما لا يحرق منها
يدفن في موضع لا يقف عليه الكفار ابطالا للمنفعة عليهم ولا يقسم غنيمة في دار الحرب حتى
يخرجها الى دار الاسلام وقال الشافعي لا باس بذلك واصله ان الملك للغانمين لا يثبت
قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده يثبت ويبتني على هذا الاصل عدة من المسائل ذكرناها
في كفاية المنتهي له ان سبب الملك الاستيلاء اذا ورد على مال مباح كما في الصيود ولا معنى للاستيلاء
سوى اثبات اليد وقد تحقق ولنا ان النبي عليه السلام نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب والخلاف
ثابت فيه والقسمة بيع معنى فيدخل تحته ولان الاستيلاء اثبات اليد الحافظة والناقلة والثاني
منعدم لقدرتهم على الاستنقاذ ووجوده ظاهرا ثم قيل موضع الخلاف ترتب الاحكام
على القسمة اذا قسم الامام لا عن اجتهاد لان حكم الملك لا يثبت بدونه وقيل الكراهة وهي
كراهة تنزيه عند محمد فانه قال على قول ابي حنيفة وابي يوسف لا يجوز القسمة في دار الحرب
وعند محمد الافضل ان يقسم في دار الاسلام ووجه الكراهة ان دليل البطلان راجح الا انه
تقاعد عن سلب الجواز فلا ينفك عن ايراث الكراهة والردء والمقاتل في العسكر
سواء لاستوائهم في السبب وهو المجاوزة او شهود الوقعة على ما عرف وكذلك اذا لم يقاتل
لمرض وغيره لما ذكرنا واذا لحقهم المدد في دار الحرب قبل ان يخرجوا الغنيمة الى دار الاسلام
شاركوهم فيها خلافا للشافعي بعد انقضاء القتال وهو بناء على ما مهدناه من الاصل
وانما ينقطع حق المشاركة عندنا بالاحراز او بقسمة الامام في دار الحرب او ببيعه المغانم
فيها لان بكل منها يتم الملك فينقطع شركة المدد ولا حق لاهل سوق العسكر في الغنيمة
الا ان يقاتلوا وقال الشافعي في احد قوليه يسهم لهم لقوله عليه السلام الغنيمة لمن شهد الوقعة
ولانه وجد الجهاد معنى بتكثير السواد ولنا انه لم يوجد المجاوزة على قصد القتال
فانعدم السبب الظاهر فيعتبر السبب الحقيقي وهو القتال فيفيد الاستحقاق على حسب حاله فارسا
او راجلا عند القتال وما رواه موقوف على عمر رضي الله عنه او تاويله ان يشهدها على قصد
القتال وان لم يكن للامام حمولة يحمل عليها الغنائم قسمها بين الغانمين قسمة ايداع
ليحملوها الى دار الاسلام ثم يرتجعها منهم فيقسمها قال رضه هكذا ذكر في المختصر ولم
يشترط رضاهم وهو رواية السير الكبير والجملة في هذا ان الامام اذا وجد في المغنم
حمولة يحمل عليها الغنائم لان الحمولة والمحمول مالهم وكذا اذا كان في بيت المال فضل
حمولة لانه مال المسلمين ولو كان للغانمين او لبعضهم لا يجبرهم في رواية السير الصغير
لانه ابتداء اجارة فصار كما اذا نفقت دابته في مفازة ومع رفيقه فضل حمولة ويجبرهم

بتوفيق الله تعالى
من يقول

يجبرهم في رواية السير الكبير لانه دفع الضرر العام بتحميل ضرر خاص ولا يجوز بيع الغنائم قبل
القسمة في دار الحرب لانه لا ملك قبلها وفيه خلاف الشافعي وقد بينا الاصل ومن مات
من الغانمين في دار الحرب فلا حق له في الغنيمة ومن مات منهم بعد اخراجها الى دار
الاسلام فنصيبه لورثته لان الارث يجري في الملك ولا ملك قبل الاحراز وانما الملك
بعده وقال الشافعي من مات بعد استقرار الهزيمة يورث نصيبه لقيام الملك فيه عنده
وقد بيناه ولا باس بان يعلف العسكر في دار الحرب وياكلوا ما وجدوه من الطعام
قال رضه ارسل ولم يقيده بالحاجة وقد شرطها في رواية ولم يشترطها في اخرى وجه
الاولى انه مشترك فلا يباح الانتفاع به الا للحاجة كما في الثياب والدواب ووجه
الاخرى قوله عليه السلام في طعام خيبر كلوها واعلفوها ولا تحملوها ولان الحكم يدار على دليل
الحاجة وهو كونه في دار الحرب لان الغازي لا يستصحب قوت نفسه وعلف ظهره مدة
مقامه فيها والميرة منقطعة فبقي على اصل الاباحة للحاجة بخلاف السلاح لانه يستصحبه
فانعدم دليل الحاجة وقد تمس اليه فتعتبر حقيقتها فيستعمله ثم يرده الى المغنم اذا استغنى
عنه والدابة مثل السلاح والطعام كالخبز واللحم وما يستعمل فيه كالسمن والزيت قال ويستعملوا
الحطب وفي بعض النسخ الطيب ويدهنوا بالدهن ويوقحوا به الدابة لمساس الحاجة
الى جميع ذلك ويقاتلوا بما يجدونه من السلاح كل ذلك بلا قسمة ومراده اذا احتاج
اليه بان لم يكن له سلاح وقد بيناه ولا يجوز ان يبيعوا من ذلك شيئا ولا يتمولونه لان
البيع يترتب على الملك ولا ملك على ما قدمناه وانما هو اباحة وصار كالمباح له
الطعام وقوله ولا يتمولونه اشارة الى انهم لا يبيعونه بالذهب والفضة والعروض
لانه لا ضرورة الى ذلك فان باعه احدهم رد الثمن الى الغنيمة لانه بدل عين كانت
للجماعة واما الثياب والمتاع فيكره الانتفاع بها قبل القسمة من غير حاجة للاشتراك
الا انه يقسمها الامام بينهم في دار الحرب اذا احتاجوا الى الثياب والدواب والمتاع
لان المحرم يستباح للضرورة فالمكروه اولى وهذا لان حق المدد محتمل وحاجة
هؤلاء متيقن بها فكان اولى بالرعاية ولم يذكر القسمة في السلاح ولا فرق
في الحقيقة فانه اذا احتاج واحد يباح له الانتفاع في الفصلين وان احتاج الكل
يقسم في الفصلين بخلاف ما اذا احتاجوا الى السبي حيث لا يقسم لان الحاجة اليه من
فضول الحوائج قال ومن اسلم منهم معناه في دار الحرب احرز نفسه بالاسلام لان
الاسلام ينافي ابتداء الاسترقاق واولاده الصغار لانهم مسلمون باسلامه تبعا

وكل مال هو في يده لقوله عليه السلام من اسلم على مال فهو له ولانه سبقت يده الحقيقية اليه يد الظاهر
عليه قال او وديعة في يد مسلم او ذمي لانه في يد صحيحة محترمة ويده كيده فان ظهرنا على الدار
فعقاره فيء وقالا هو في يده لانه في يد صاحبه كالمنقول ولنا ان العقار في يد اهل
الدار وسلطانها اذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة وقيل هذا قول ابي حنيفة
وابي يوسف الآخر وفي قول محمد وهو قول ابي يوسف الاول هو كغيره من الاموال بناء على
ان اليد حقيقة لا تثبت على العقار عندهما وعند محمد تثبت وزوجته فيء لانها كافرة حربية
لا تتبعه في الاسلام وكذا حملها فيء خلافا للشافعي هو يقول انه مسلم تبعا كالمنفصل ولنا انه
جزؤها فيرق برقها والمسلم محل التملك تبعا لغيره بخلاف المنفصل لانه حر لانعدام الجزئية
عند ذلك واولاده الكبار فيء لانهم كفار حربيون ولا تبعية ومن قاتل من عبيده فيء
لانه لما تمرد على مولاه خرج من يده وصار تبعا لاهل دارهم وما كان من ماله في يد حربي
فهو فيء غصبا كان او وديعة لان يده ليست بمحترمة وما كان غصبا في يد مسلم او ذمي
فهو فيء عند ابي حنيفة وقالا لا يكون فيئا قال كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكر
في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع قول محمد لهما ان المال تابع للنفس وقد صارت معصومة
بالاسلام فيتبعها ماله فيها وله انه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة
بالاسلام الا ترى انها ليست بمتقومة الا انه محرم التعرض لكونه مكلفا واباحة التعرض
بعارض شره وقد اندفع بالاسلام بخلاف المال لانه خلق عرضة للامتهان فكان
محلا للتملك وليست في يده حكما فلم تثبت العصمة واذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز ان
يعلفوا من الغنيمة ولا يأكلوا منها لان الضرورة قد ارتفعت ولان الاباحة باعتبار الحاجة
قد يأكل حتى يورث نصيبه ولا كذلك قبل الخروج الى دار الاسلام ومن فضل معه علف
او طعام رده الى الغنيمة معناه اذا لم تقسم وعن الشافعي مثل قولنا وعنه انه لا يرد
اعتبارا بالمتلصص ولنا ان الاختصاص ضرورة الحاجة وقد زالت بخلاف المتلصص
لانه كان احق به قبل الاحراز فكذا بعده وبعد القسمة تصدقوا به ان كانوا اغنياء وانتفعوا
به ان كانوا محاويج لانه صار في حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين وان كانوا انتفعوا به
بعد الاحراز ترد قيمته الى المغنم ان كان لم تقسم وان قسمت الغنيمة فالغني يتصدق
بقيمته والفقير لا شيء عليه لقيام القيمة مقام الاصل فاخذ حكمه

فصل في كيفية القسمة

قال ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها لقوله تعالى فان لله خمسه
استثنى الخمس ويقسم الاربعة الاخماس بين الغانمين لان النبي عليه السلام قسمها

ويد المودع كيده اي يد المودع

فاخذ حكمه اي اخذت القيمة حكم الاصل ولما ذكر ... الغنيمة ... تقوم مقام الاصل

بين الغانمين ثم للفارس سهمان وللراجل سهم عند ابي حنيفة وقالا للفارس ثلاثة اسهم
وهو قول الشافعي لما روى ابن عمر ان النبي عليه السلام اسهم للفارس ثلاثة اسهم وللراجل سهما
ولان الاستحقاق بالغناء وغناؤه على ثلاثة امثال الراجل لانه للكر والفر والثبات
والراجل للثبات لا غير ولابي حنيفة ما روى ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي عليه السلام
اعطى الفارس سهمين والراجل سهما فتعارض فعلاه فيرجع الى قوله وقد قال عليه السلام
للفارس سهمان وللراجل سهم كيف وقد روي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي عليه السلام
قسم للفارس سهمين واذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره ولان الكر والفر من جنس
واحد فيكون غناؤه مثلي غناء الراجل فيفضل عليه بسهم ولانه تعذر اعتبار مقدار
الزيادة لتعذر معرفته فيدار الحكم على سبب ظاهر وللفارس سببان النفس والفرس وللراجل
سبب واحد فكان استحقاقه على ضعفه ولا يسهم الا لفرس واحد وقال ابو يوسف
يسهم لفرسين لما روي ان النبي صلى الله تعالى عليه وسلم اسهم لفرسين ولان الواحد قد
يعيى فيحتاج الى الآخر ولهما ان البراء بن اوس رضي الله عنه قاد فرسين فلم يسهم له
رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم الا لفرس واحد ولان القتال لا يتحقق على فرسين
دفعة واحدة فلا يكون السبب الظاهر مفضيا الى القتال عليهما فيسهم لواحد ولهذا
لا يسهم لثلاثة افراس وما رواه محمول على التنفيل كما اعطى سلمة بن الاكوع سهمين وهو
راجل والبراذين والعتاق سواء لان الارهاب مضاف الى جنس الخيل في الكتاب
قال الله تعالى ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم واسم الخيل ينطلق
على البراذين والعراب والهجين والمقرف اطلاقا واحدا ولان العربي ان كان
في الطلب والهرب اقوى فالبرذون اصبر والين عطفا ففي كل منهما منفعة معتبرة
فاستويا ومن دخل دار الحرب فارسا فنفق فرسه استحق سهم الفرسان ومن دخل
راجلا فاشترى فرسا استحق سهم راجل وجواب الشافعي على عكسه وهكذا روى ابن المبارك
عن ابي حنيفة في الفصل الثاني انه يستحق سهم الفرسان والحاصل ان المعتبر عندنا حالة
المجاوزة وعنده حالة انقضاء الحرب له ان السبب هو القهر والقتال فيعتبر حال
الشخص عنده والمجاوزة وسيلة الى السبب كالخروج من البيت وتعليق الاحكام بالقتال
يدل على امكان الوقوف عليه ولو تعذر او تعسر تعلق بشهود الوقعة لانه اقرب
الى القتال ولنا ان المجاوزة نفسها قتال لانه يلحقهم الخوف بها والحال بعدها حالة
الدوام ولا معتبر بها ولان الوقوف على حقيقة القتال متعسر وكذا على شهود

الوقعة لانه حال القتال والصفين فيقام المجاوزة مقامه اذ هو السبب المفضي اليه ظاهرا
اذا كان على قصد القتال فيعتبر حال الشخص حالة المجاوزة فارسا او راجلا ولو
دخل فارسا فقاتل راجلا لضيق المكان يستحق سهم الفرسان بالاتفاق ولو دخل
فارسا ثم باع فرسه او وهب او آجر او رهن ففي رواية الحسن عن ابي حنيفة يستحق
سهم الفرسان اعتبارا للمجاوزة وفي ظاهر الرواية يستحق سهم الرجالة لان الاقدام
على هذه التصرفات يدل على انه لم يكن من قصده بالمجاوزة القتال فارسا ولو باعه
بعد الفراغ لم يسقط سهم الفرسان وكذا اذا باعه في حالة القتال عند البعض والاصح انه
يسقط لان البيع يدل على غرضه انه كان التجارة فيه الا انه ينتظر عزته ولا يسهم لمملوك
ولا امراة ولا صبي ولا ذمي ولكن يرضخ لهم على حسب ما يرى الامام لما روي ان النبي عليه السلام
كان لا يسهم للنساء والصبيان والعبيد وكان يرضخ لهم ولما استعان عليه السلام باليهود على اليهود
لم يعطهم شيئا من الغنيمة يعني لم يسهم لهم ولان الجهاد عبادة والذمي ليس من اهلها والمراة
والصبي عاجزان عنه ولهذا لم يلحقهما فرضه والعبد لا يمكنه المولى وله منعه الا انه يرضخ لهم
تحريضا على القتال مع اظهار انحطاط رتبتهم والمكاتب بمنزلة العبد لقيام الرق وتوهم
عجزه فيمنعه المولى عن الخروج الى القتال ثم العبد انما يرضخ له اذا قاتل لانه دخل
لخدمة المولى فصار كالتاجر والمراة يرضخ لها اذا كانت تداوي الجرحى وتقوم على
المرضى لانها عاجزة عن حقيقة القتال فيقام هذا النوع من الاعانة مقام القتال بخلاف
العبد لانه قادر على حقيقة القتال والذمي انما يرضخ له اذا قاتل او دل على الطريق ولم يقاتل
لان فيه منفعة للمسلمين الا انه يزاد على السهم في الدلالة اذا كانت فيه منفعة عظيمة
ولا يبلغ به السهم اذا قاتل لانه جهاد والاول ليس من عمله ولا يسوى بينه وبين المسلم
في حكم الجهاد واما الخمس فيقسم على ثلاثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل
يدخل فقراء ذوي القربى فيهم ويقدمون ولا يدفع الى اغنيائهم وقال الشافعي
لهم خمس الخمس يستوي فيه غنيهم وفقيرهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون
لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم لقوله تعالى ولذي القربى من غير فصل بين الغني والفقير
ولنا ان الخلفاء الاربعة الراشدين قسموه على ثلاثة اسهم على نحو ما قلنا وكفى بهم قدوة وقال عليه السلام
يا معشر بني هاشم ان الله تعالى كره لكم غسالة الناس واوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس
والعوض انما يثبت في حق من يثبت في حقه المعوض وهم الفقراء والنبي عليه السلام اعطاهم
للنصرة الا ترى انه عليه السلام علل فقال انهم لن يزالوا معي في الجاهلية والاسلام وشبك

بين اصابعه دل على ان المراد من النص قرب النصرة لا قرب القرابة قال فاما ذكر الله تعالى
في الخمس فانه لافتتاح الكلام تبركا باسمه وسهم النبي صلى الله عليه وسلم سقط بموته
كما سقط الصفي لان النبي عليه السلام كان يستحقه برسالته ولا رسول بعده والصفي شيء
كان النبي عليه السلام يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل درع او سيف او جارية وقال الشافعي
يصرف سهم النبي عليه السلام الى الخليفة والحجة عليه ما قدمناه وسهم ذوي القربى كانوا
يستحقونه في زمن النبي عليه السلام بالنصرة لما روينا وبعده بالفقر قال العبد الضعيف هذا الذي ذكره
قول الكرخي وقال الطحاوي وسهم الفقير منهم ساقط ايضا لما روينا من الاجماع ولان
فيه معنى الصدقة نظرا الى المصرف فيحرمه كما حرم العمالة وجه الاول وقيل هو الاصح
ما روي ان عمر رضي الله عنه اعطى الفقراء منهم والاجماع انعقد على سقوط حق الاغنياء
اما فقراؤهم فيدخلون في الاصناف الثلاثة واذا دخل الواحد او الاثنان دار الحرب
مغيرين بغير اذن الامام فاخذوا شيئا لم يخمس لان الغنيمة هو المأخوذ قهرا وغلبة
لا اختلاسا وسرقة والخمس وظيفتها ولو دخل الواحد او الاثنان باذن الامام ففيه
روايتان والمشهور انه يخمس لانه لما اذن لهم الامام فقد التزم نصرتهم بالامداد فصار
كالمنعة وان دخلت جماعة لها منعة فاخذوا شيئا خمس وان لم ياذن لهم الامام
لانه مأخوذ قهرا وغلبة فكان غنيمة ولانه يجب على الامام ان ينصرهم اذ لو خذلهم كان
فيه وهن المسلمين بخلاف الواحد والاثنين لانه لا يجب عليه نصرتهم

فصل في التنفيل

ولا بأس بان ينفل الامام في حال القتال ويحرض به على القتال فيقول من قتل قتيلا
فله سلبه ويقول للسرية قد جعلت لكم الربع بعد الخمس معناه بعد ما رفع الخمس لان التحريض
مندوب اليه قال الله تعالى يا ايها النبي حرض المؤمنين على القتال وهذا نوع تحريض ثم قد
يكون التنفيل بما ذكر وقد يكون بغيره الا انه لا ينبغي للامام ان ينفل بكل المأخوذ
لان فيه ابطال حق الكل فان فعله مع السرية جاز لان التصرف اليه وقد تكون المصلحة فيه
ولا ينفل بعد احراز الغنيمة بدار الاسلام لان حق الغير قد تأكد فيه بالاحراز قال الا
من الخمس لانه لا حق للغانمين في الخمس واذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة
والقاتل وغيره فيه سواء وقال الشافعي السلب للقاتل اذا كان من اهل ان يسهم له وقد قتله
مقبلا لقوله عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه والظاهر انه نصب شرعي لانه بعثه له
ولان القاتل مقبلا اكثر غناء فيختص بسلبه اظهارا للتفاوت بينه وبين غيره ولنا
انه مأخوذ بقوة الجيش فيكون غنيمة فيقسم قسمة الغنائم كما نطق به النص وقال عليه السلام

لحبيب بن ابي سلمة ليس لك من سلب قتيلك الا ما طابت به نفس امامك وما رواه يحتمل نصب الشرع
ويحتمل التنفيل فيحمل على الثاني لما رويناه وزيادة القيد لا يعتبر في جنس واحد كما ذكرناه
والسلب ما على المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه وكذا ما على مركبه من السرج والآلة
وكذا ما معه على الدابة من ماله في حقيبته او على وسطه وما عدا ذلك فليس بسلب وما
كان مع غلامه على دابة اخرى فليس بسلبه ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين فاما الملك
فانما يثبت بعد الاحراز بدار الاسلام لما مر من قبل حتى لو قال الامام من اصاب جارية
فهي له فاصابها مسلم واستبرأها لا يحل له وطؤها وكذا لا يبيعها وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد له ان يطأها ويبيعها لان التنفيل يثبت به الملك عنده كما يثبت
بالقسمة في دار الحرب وبالشراء من الحربي ووجوب الضمان بالاتلاف قد قيل على هذا
الاختلاف

باب استيلاء الكفار

واذا غلب الترك على الروم فسبوهم واخذوا
اموالهم ملكوها لان الاستيلاء قد تحقق في مال مباح وهو السبب على ما نذكره فان غلبنا
على الترك حل لنا ما نجده من ذلك اعتبارا بسائر املاكهم واذا غلبوا على اموالنا
واحرزوها بدارهم ملكوها وقال الشافعي لا يملكونها لان الاستيلاء محظور ابتداء
وانتهاء والمحظور لا ينتهض سببا للملك على ما عرف من قاعدة الخصم ولنا ان الاستيلاء
ورد على مال مباح فينعقد سببا للملك دفعا لحاجة المكلف كاستيلائنا على اموالهم وهذا
لان العصمة تثبت على منافاة الدليل ضرورة تمكن المالك من الانتفاع فاذا زالت المكنة
عاد مباحا كما كان غير ان الاستيلاء لا يتحقق الا بالاحراز بالدار لانه عبارة عن الاقتدار
على المحل حالا ومآلا والمحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك وهو الثواب
الآجل فما ظنك بالملك العاجل وان ظهر عليها المسلمون فوجدها المالكون قبل القسمة
فهي لهم بغير شيء وان وجدوها بعد القسمة اخذوها بالقيمة ان احبوا لقوله عليه السلام
فيه ان وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شيء وان وجدته بعد القسمة اخذته بالقيمة
ولان المالك القديم زال ملكه بغير رضاه فكان له حق الاخذ نظرا له الا ان في الاخذ
بعد القسمة ضررا بالماخوذ منه بازالة ملكه الخاص فياخذه بالقيمة ليعتدل النظر من
الجانبين والشركة قبل القسمة عامة فيقل الضرر فياخذه بغير قيمة وان دخل دار
الحرب تاجر فاشترى ذلك واخرجه الى دار الاسلام فمالكه الاول بالخيار ان شاء
اخذه بالثمن الذي اشتراه وان شاء تركه لانه يتضرر بالاخذ مجانا الا ترى انه
دفع العوض بمقابلته فكان اعتدال النظر فيما قلناه ولو اشتراه بعرض ياخذه

بقيمة العرض ولو وهبوه لمسلم ياخذه بقيمته لانه ثبت له ملك خاص فلا يزال الا
بالقيمة ولو كان مغنوما وهو مثلي ياخذه قبل القسمة ولا ياخذه بعدها لان
الاخذ بالمثل غير مفيد وكذا اذا كان موهوبا لا ياخذه لما بينا وكذا اذا كان
مشترى بمثله قدرا ووصفا قال فان اسروا عبدا فاشتراه رجل واخرجه الى دار
الاسلام ففقئت عينه واخذ ارشها فان المولى ياخذه بالثمن الذي اخذ به
من العدو اما الاخذ بالثمن فلما قلنا ولا ياخذ الارش لان الملك فيه صحيح فلو
اخذه اخذه بمثله وهو لا يفيد ولا يحط شيء من الثمن لان الاوصاف لا يقابلها
شيء من الثمن بخلاف الشفعة لان الصفقة لما تحولت الى الشفيع صار المشتري في
يد المشتري بمنزلة المشتري شراء فاسدا والاوصاف تضمن فيه كما في الغصب اما
ههنا الملك صحيح فافترقا وان اسروا عبدا فاشتراه رجل بالف فاسروه ثانيا
وادخلوه دار الحرب فاشتراه رجل آخر بالف درهم فليس للمولى الاول ان ياخذه
من الثاني لان الاسر ما ورد على ملكه وللمشتري الاول ان ياخذه من الثاني بالثمن
لان الاسر ورد على ملكه ثم ياخذه المالك القديم بالفين ان شاء لانه قام عليه بالثمنين
فياخذ بهما وكذا اذا كان الماسور منه الثاني غائبا ليس للاول ان ياخذه اعتبارا
بحال حضرته ولا يملك علينا اهل الحرب بالغلبة مدبرينا وامهات اولادنا ومكاتبينا
واحرارنا ونملك عليهم جميع ذلك لان السبب انما يفيد الحكم في محله والمحل المال المباح
والحر معصوم بنفسه وكذا من سواه لانه تثبت الحرية فيه من وجه بخلاف رقابهم لان
الشرع اسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم وجعلهم ارقاء ولا جناية من هؤلاء
واذا ابق عبد لمسلم فدخل اليهم فاخذوه لم يملكوه عند ابي حنيفة وقالا يملكونه
لان العصمة لحق المالك لقيام يده وقد زالت ولهذا لو اخذوه من دار الاسلام
ملكوه وله انه ظهرت يده على نفسه بالخروج من دارنا لان سقوط اعتباره لتحقق يد
المولى عليه تمكينا له من الانتفاع به وقد زالت يد المولى فظهرت يده على نفسه وصار
معصوما بنفسه فلم يبق محلا للملك بخلاف المتردد لان يد المولى باقية عليه لقيام يد
اهل الدار فمنع ظهور يده واذا لم يثبت الملك لهم عند ابي حنيفة ياخذه المالك القديم
بغير شيء موهوبا كان او مشترى او مغنوما قبل القسمة وبعد القسمة يؤدى عوضه
من بيت المال لانه لا يمكن اعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم و
ليس له على المالك جعل الآبق لانه عامل لنفسه اذ في زعمه انه ملكه وان ند بعير

عبد م
ذلك م

اليهم فاخذوه ملكوه لتحقق الاستيلاء اذ لا يد للعجماء لتظهر عند الخروج من دارنا بخلاف
العبد على ما ذكرنا وان اشتراه رجل وادخله دار الاسلام فصاحبه ياخذه بالثمن
ان شاء لما بينا فان ابق اليهم وذهب معه بفرس ومتاع فاخذ المشركون ذلك كله
واشترى رجل واخرجه الى دار الاسلام فان المولى ياخذ العبد بغير شيء والفرس
والمتاع بالثمن وهذا عند ابي حنيفة وقالا ياخذ العبد وما معه بالثمن ان شاء اعتبارا
لحالة الاجتماع بحالة الانفراد وقد بينا الحكم في كل فرد واذا دخل الحربي دارنا بامان
واشترى عبدا مسلما وادخله دار الحرب عتق عند ابي حنيفة وقالا لا يعتق لان
الازالة كانت مستحقة بطريق معين وهو البيع وقد انقطعت ولاية الجبر عليه فبقي
في يده عبدا ولابي حنيفة ان تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب فيقام الشرط وهو
تباين الدارين مقام العلة وهو الاعتاق تخليصا له كما يقام مضي ثلث حيض مقام التفريق
فيما اذا اسلم احد الزوجين في دار الحرب واذا اسلم عبد لحربي ثم خرج الينا او ظهر
على الدار فهو حر وكذا اذا خرج عبيدهم الى عسكر المسلمين فهم احرار لما روي ان عبيدا من عبيد
الطائف اسلموا وخرجوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى بعتقهم وقال هم عتقاء الله
ولانه احرز نفسه بالخروج الينا مراغما لمولاه او بالالتحاق بمنعة المسلمين اذا ظهر
على الدار واعتبار يده اولى من اعتبار يد المسلمين لانها اسبق ثبوتا على نفسه والحاجة
في حقه الى زيادة توكيد وفي حقهم الى اثبات اليد ابتداء فلهذا كان اولى

باب المستأمن

قال واذا دخل المسلم دار الحرب تاجرا فلا يحل له ان يتعرض
لشيء من اموالهم ولا من دمائهم لانه ضمن ان لا يتعرض لهم بالاستئمان فالتعرض بعد ذلك
يكون غدرا والغدر حرام الا اذا غدر بهم ملكهم فاخذ اموالهم او حبسهم او فعل غيره
بعلم الملك ولم يمنعه لانهم هم الذين نقضوا العهد بخلاف الاسير لانه غير مستأمن
فيباح له التعرض وان اطلقوه طوعا فان غدر بهم اعني التاجر فاخذ شيئا وخرج به ملكه
ملكا محظورا لورود الاستيلاء على مال مباح الا انه حصل بسبب الغدر فاوجب ذلك
خبثا فيه فيؤمر بالتصدق به وهذا لان الحظر لغيره لا يمنع انعقاد السبب على ما بيناه
فاذا دخل المسلم دار الحرب بامان فادانه حربي او ادان هو حربيا او غصب احدهما صاحبه
ثم خرج الينا واستأمن الحربي لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشيء اما الادانة فلان
القضاء يعتمد الولاية ولا ولاية وقت الادانة اصلا ولا وقت القضاء على المستأمن
لانه ما التزم حكم الاسلام فيما مضى من افعاله وانما التزم ذلك في المستقبل واما الغصب

[illegible]

فلانه

١٦٧

[illegible]

فلانه صار ملكا للذي غصبه واستولى عليه لمصادفته مالا غير معصوم على ما بيناه وكذا اذا
لو كانا حربيين فعلا ذلك ثم خرجا مستأمنين لما قلنا ولو خرجا مسلمين قضي بينهما بالدين
ولم يقض بالغصب اما المداينة فلانها وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضي والولاية ثابتة
حالة القضاء لالتزامهما الاحكام بالاسلام واما الغصب فلما بينا انه ملكه ولا خبث
في ملك الحربي حتى يؤمر بالرد واذا دخل المسلم دار الحرب بامان فغصب حربيا ثم خرجا
مسلمين امر برد الغصب ولم يقض عليه اما عدم القضاء فلما بينا انه ملكه واما
الامر بالرد وهو الفتوى به فلانه فسد الملك لما يقارنه من المحرم وهو
نقض العهد واذا دخل مسلمان دار الحرب بامان فقتل احدهما صاحبه عمدا او خطأ
فعلى القاتل الدية في ماله وعليه الكفارة في الخطأ اما الكفارة فلاطلاق الكتاب
والدية لان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض الدخول بالامان
وانما لا يجب القصاص لانه لا يمكن استيفاؤه الا بمنعة ولا منعة دون الامام
وجماعة المسلمين ولم يوجد ذلك في دار الحرب وانما تجب الدية في ماله في العمد
لان العواقل لا تعقل العمد وفي الخطأ لانه لا قدرة لهم على الصيانة مع تباين الدارين
والوجوب عليهم على اعتبار تركها وان كانا اسيرين فقتل احدهما صاحبه او قتل
مسلم تاجر اسيرا فلا شيء على القاتل الا الكفارة في الخطأ عند ابي حنيفة وقالا في
الاسيرين الدية في العمد والخطأ لان العصمة لا تبطل بعارض الاسر كما لا تبطل بعارض
الاستئمان على ما بيناه وامتناع القصاص لعدم المنعة وتجب الدية في ماله لما قلنا و
لابي حنيفة ان بالاسر صار تبعا لهم لصيرورته مقهورا في ايديهم ولهذا يصير مقيما
باقامتهم ومسافرا بسفرهم فيبطل به الاحراز اصلا وصار كالمسلم الذي لم يهاجر الينا
وخص الخطأ بالكفارة لانه لا كفارة في العمد عندنا

فصل

واذا دخل الحربي الينا
مستأمنا لم يمكن ان يقيم في دارنا سنة ويقول له الامام ان اقمت تمام السنة وضعت
عليك الجزية والاصل ان الحربي لا يمكن من اقامة دائمة في دارنا الا باسترقاق
او جزية لانه يصير عينا لهم وعونا علينا فتلتحق المضرة بالمسلمين ويمكن من الاقامة
اليسيرة لان في منعها قطع الميرة والجلب وسد باب التجارة ففصلنا بينهما بسنة
لانها مدة تجب فيها الجزية فتكون الاقامة لمصلحة الجزية ثم ان رجع بعد مقالة الامام
قبل تمام السنة الى وطنه فلا سبيل عليه واذا مكث سنة فهو ذمي لانه لما اقام سنة
بعد تقدم الامام اليه صار ملتزما الجزية فيصير ذميا وللامام ان يوقت في ذلك

مباح
حرب
ان
في دارنا م
وعليه الجزية

[illegible]

للجزية

ما دون السنة كالشهر والشهرين وإذا أقامها بعد مقالة الإمام يصير ذميا لما قلنا ثم لا يترك أن
يرجع إلى دار الحرب لأن عقد الذمة لا ينقض كيف وأن فيه قطع الجزية وجعل ولده
حربا علينا وفيه مضرة بالمسلمين فإن دخل الحربي دارنا بأمان واشترى أرض خراج
فإذا وضع عليه الخراج فهو ذمي لأن خراج الأرض بمنزلة خراج الرأس فإذا التزمه صار
ملتزما المقام في دارنا أما بمجرد الشرى لا يصير ذميا لأنه قد يشتريها للتجارة وإذا
لزمه خراج الأرض فبعد ذلك يلزمه الجزية لسنة مستقبلة لأنه يصير ذميا بلزوم
الخراج فيعتبر المدة من وقت وجوبه وقوله في الكتاب فإذا وضع عليه الخراج فهو ذمي
تصريح بشرط الوضع فيتخرج عليه أحكام جمة فلا نغفل عنه وإذا دخلت حربية (دارنا)
بأمان فتزوجت ذميا صارت ذمية لأنها التزمت المقام تبعا للزوج (للزوج) وإن
دخل حربي بأمان فتزوج ذمية لم يصر ذميا لأنه يمكنه أن يطلقها فيرجع إلى بلده
فلم يكن ملتزما المقام ولو أن حربيا دخل دارنا بأمان ثم عاد إلى دار الحرب وترك
وديعة عند مسلم أو ذمي أو دينا في ذمتهم فقد صار دمه مباحا بالعود لأنه أبطل
أمانه وما في دار الإسلام من ماله على خطر فإن أسر أو ظهر على الدار فقتل سقطت
ديونه وصارت الوديعة فيئا أما الوديعة فلأنها في يده تقديرا لأن يد المودع
كيده فيصير فيئا تبعا لنفسه وأما الدين فلأن إثبات اليد عليه بواسطة المطالبة وقد
سقطت ويد من عليه أسبق من يد العامة فيختص به فيسقط وإن قتل ولم يظهر على (اليه م)
الدار فالقرض والوديعة لورثته وكذلك إذا مات لأن نفسه لم تصر مغنومة
فكذلك ماله وهذا لأن حكم الأمان باق في ماله فيرد عليه أو على ورثته من بعده
قال وما أوجف المسلمون عليه من أموال أهل الحرب بغير قتال يصرف في مصالح المسلمين
كما يصرف الخراج قالوا هو مثل الأراضي التي أجلوا أهلها عنها والجزية ولا خمس في ذلك
وقال الشافعي فيهما الخمس اعتبارا بالغنيمة ولنا ما روي أن النبي عليه السلام أخذ الجزية وكذا
عمر ومعاذ رضي الله تعالى عنهما ووضع في بيت المال ولم يخمس ولأنه مال مأخوذ بقوة
المسلمين من غير قتال بخلاف الغنيمة لأنه مملوك بمباشرة الغانمين وبقوة المسلمين فاستحق
الخمس بمعنى واستحق الغانمون الباقي بمعنى وفي هذا السبب واحد وهو ما ذكرنا فلا معنى
لإيجاب الخمس وإذا دخل الحربي بأمان وله امرأة في دار الحرب وأولاد صغار (دارنا م)
وكبار ومال أودع بعضه ذميا وبعضه حربيا وبعضه مسلما فأسلم ههنا ثم ظهر على الدار
فذلك كله فيء أما المرأة وأولاده الكبار فظاهر لأنهم حربيون كبار وليسوا

باتباع

بأتباع وكذلك ما في بطنها لو كانت حاملا لما قلنا وأما أولاده الصغار فلأن الصغير
إنما يصير مسلما تبعا لإسلام أبيه إذا كان في يده وتحت ولايته ومع تباين الدارين
لا يتحقق ذلك وكذا أمواله لا تصير محرزة بإحرازه نفسه لاختلاف الدارين فبقي الكل
فيئا وغنيمة وإن أسلم في دار الحرب ثم جاء فظهر على الدار فأولاده الصغار أحرار (ولده)
مسلمون تبعا لأبيهم لأنهم كانوا تحت ولايته حين أسلم إذ الدار واحدة وما كان
من مال أودعه مسلما أو ذميا فهو له لأنه في يد محترمة ويده كيده وما سوى ذلك
فيء أما المرأة وأولاده الكبار فلما قلنا وأما المال الذي في يد الحربي فلأنه لم يصر
معصوما لأن يد الحربي ليست يدا محترمة وإذا أسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم
عمدا أو خطأ وله ورثة مسلمون هناك فلا شيء عليه إلا الكفارة في الخطأ وقال (القصاص)
الشافعي تجب الدية في الخطأ والقود في العمد لأنه أراق دما معصوما لوجود العاصم
وهو الإسلام لكونه مستجلبا للكرامة وهذا لأن العصمة أصلها المؤثمة لحصول أصل
الزجر بها وهي ثابتة إجماعا والمقومة كمال فيه لكمال الامتناع به فيكون وصفا فيه
فتعلق بما علق به الأصل ولنا قوله تعالى فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير
رقبة مؤمنة الآية جعل التحرير كل الموجب رجوعا إلى حرف الفاء أو إلى كونه كل المذكور
فينتفي غيره ولأن العصمة المؤثمة بالآدمية لأن الآدمي خلق متحملا أعباء التكاليف
والقيام بها بحرمة التعرض والأموال تابعة لها أما المقومة فالأصل فيها الأموال
لأن التقوم يؤذن بجبر الفائت وذلك في الأموال دون النفوس لأن من شرط (النفوس)
التماثل وهو في المال دون النفس فكانت النفوس تابعة ثم العصمة المقومة في الأموال
بالإحراز بالدار لأن العزة بالمنعة فكذلك في النفوس إلا أن الشرع أسقط اعتبار
منعة الكفرة لما أنه أوجب إبطالها والمرتد والمستأمن في دارنا من أهل دارهم حكما
لقصدهما الانتقال إليها ومن قتل مسلما خطأ لا ولي له أو قتل حربيا دخل إلينا بأمان
فأسلم فالدية على عاقلته للإمام وعليه الكفارة لأنه قتل نفسا معصومة خطأ فتعتبر
بسائر النفوس المعصومة ومعنى قوله للإمام أن حق الأخذ له لأنه لا وارث له وإن
كان عمدا فإن شاء الإمام قتله وإن شاء أخذ الدية لأن النفس معصومة والقتل عمد
والولي معلوم وهو العامة أو السلطان قال عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له
وقوله وإن شاء أخذ الدية معناه بطريق الصلح لأن موجب العمد هو القود عينا
وهذا لأن الدية أنفع في هذه المسألة من القود فلهذا كان له ولاية الصلح على المال وليس له

ان يعوله لان الحق للعامة والولاية نظرية وليس من النظر اسقاط حقهم من غير عوض

باب العشر والخراج

ارض العرب كلها ارض عشر وهو ما بين العذيب
الى اقصى حجر باليمن بمهرة الى حد الشام والسواد ارض خراج وهو ما بين العذيب
الى عقبة حلوان ومن الثعلبية ويقال من العلث الى عبادان لان النبي عليه السلام والخلفاء
الراشدين رضي الله عنهم لم ياخذوا الخراج من اراضي العرب ولانه بمنزلة الفيء فلا يثبت في
اراضيهم كما لا يثبت في رقابهم وهذا لان وضع الخراج من شرطه ان يقر اهلها عليها
على الكفر كما في سواد العراق ومشركوا العرب لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف وعمر رضي الله عنه
حين فتح السواد وضع الخراج عليها بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ووضع على مصر حين
افتتحها عمرو بن العاص رضي الله عنه وكذا اجتمعت الصحابة على وضع الخراج على الشام قال
وارض السواد مملوكة لاهلها يجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها لان الامام اذا فتح ارضا
عنوة وقهرا له ان يقر اهلها عليها ويضع عليها وعلى رؤوسهم الخراج فتبقى الاراضي
مملوكة لاهلها وقد بيناه من قبل وكل ارض اسلم اهلها او فتحت عنوة وقسمت بين
الغانمين فهي ارض عشر لان الحاجة الى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر اليق به
لما فيه من معنى العبادة وكذا هو اخف حيث يتعلق بنفس الخارج وكل ارض فتحت عنوة فاقر
اهلها عليها فهي ارض خراج وكذا اذا صالحهم لان الحاجة الى ابتداء التوظيف على الكافر
والخراج اليق به ومكة مخصوصة من هذا فان رسول الله صلى الله عليه وسلم فتحها عنوة
وتركها لاهلها ولم يوظف الخراج وفي الجامع الصغير كل ارض فتحت عنوة فوصل اليها
ماء الانهار فهي ارض خراج وما لم يصل اليها ماء الانهار واستخرج منها عين فهي
ارض عشر لان العشر يتعلق بالارض النامية ونماؤها بمائها فيعتبر السقي بماء العشر
او بماء الخراج قال ومن احيى مواتا فهي عند ابي يوسف معتبرة بحيزها فان كانت
من حيز ارض الخراج ومعناه القرب فهي خراجية وان كانت من حيز ارض العشر
فهي عشرية والبصرة عنده عشرية باجماع الصحابة رضوان الله عليهم لان حيز الشيء
يعطى له حكمه كفناء الدار يعطى له حكم الدار حتى يجوز لصاحبها الانتفاع
وكذا لا يجوز اخذ ما قرب من العامر وكان القياس في البصرة ان تكون خراجية
لانها من حيز ارض الخراج الا ان الصحابة رضي الله عنهم وظفوا عليها العشر فترك القياس
لاجماعهم وقال محمد ان احياها ببئر حفرها او بعين استخرجها او بماء دجلة والفرات
والانهار العظام التي لا يملكها احد فهي عشرية وكذا اذا احياها بماء السماء وان

ان احياها بماء الانهار التي احتفرها الاعاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد فهي خراجية
لما ذكرنا من اعتبار الماء اذ هو السبب للنماء ولانه لا يمكن توظيف الخراج ابتداء على
المسلم كرها فيعتبر في ذلك الماء لان السقي بماء الخراج دلالة التزامه والخراج الذي وضعه
عمر رضي الله عنه على اهل السواد من كل جريب يبلغه الماء قفيز هاشمي وهو الصاع ودرهم
ومن جريب الرطبة خمسة دراهم ومن جريب الكرم المتصل والنخل المتصل عشرة دراهم
هذا هو المنقول عن عمر رضي الله عنه فانه بعث عثمان بن حنيف رضي الله عنه حتى يمسح سواد
العراق وجعل حذيفة رضي الله عنه مشرفا فمسح فبلغ ستا وثلثين الف الف جريب ووضع على
ذلك ما قلنا وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير فكان اجماعا منهم ولان
المؤن متفاوتة فالكرم اخفها مؤنة والمزارع اكثرها مؤنة والرطاب بينهما والوظيفة
تتفاوت بتفاوتها فجعل الواجب في الكرم اعلاها وفي الزرع ادناها وفي الرطبة اوسطها
قال وما سوى ذلك من الاصناف كالزعفران والبستان وغيره يوضع عليها بحسب
الطاقة لانه ليس فيه توظيف عمر رضي الله عنه وقد اعتبر الطاقة في ذلك فنعتبرها فيما
لا توظيف فيه قالوا ونهاية الطاقة ان يبلغ الواجب نصف الخارج لا يزاد عليه لان
التنصيف عين الانصاف لما كان لنا ان نقسم الكل بين الغانمين والبستان كل ارض
يحوطها حائط وفيها نخيل متفرقة واشجار وفي ديارنا وظفوا من الدراهم على الاراضي
كلها وترك كذلك لان التقدير يجب ان يكون بقدر الطاقة من اي شيء كان قال فان
لم تطق ما وضع عليها نقصها الامام والنقصان عند قلة الريع جائز بالاجماع الا ترى
الى قول عمر رضي الله عنه لعلكما حملتما الارض ما لا تطيق فقالا بل حملناها ما تطيق
ولو زدنا لاطاقت وهذا يدل على جواز النقصان واما الزيادة عند زيادة الريع
يجوز عند محمد اعتبارا بالنقصان وعند ابي يوسف انه لا يجوز لان عمر رضي الله عنه
لم يزد حين اخبر بزيادة الطاقة وان غلب على ارض الخراج الماء او انقطع عنها او
اصطلم الزرع آفة فلا خراج عليه لانه فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديري
المعتبر في الخراج وفيما اذا اصطلم الزرع آفة فات النماء التقديري في بعض الحول
وكونه ناميا في جميع الحول شرط كما في مال الزكوة او يدار الحكم على الحقيقة عند خروج
الخارج قال وان عطلها صاحبها فعليه الخراج لان التمكن كان ثابتا وهو الذي
فوته قالوا من انتقل الى اخس الامرين من غير عذر فعليه خراج الاعلى لانه هو الذي
ضيع الزيادة وهذا يعرف ولا يفتى به كيلا يتجرأ الظلمة على اخذ اموال الناس

قال ومن اسلم من اهل الخراج اخذ منه الخراج على حاله لان فيه معنى المؤنة فيعتبر مؤنة في حالة
البقاء فامكن ابقاؤه على المسلم ويجوز ان يشتري المسلم ارض الخراج من الذمي ويؤخذ
منه الخراج لما قلنا وقد صح ان الصحابة رضي الله عنهم اشتروا اراضي الخراج وكانوا يؤدون
خراجها فدل على جواز الشراء واخذ الخراج وادائه للمسلم من غير كراهية ولا عشر في الخارج
من ارض الخراج وقال الشافعي يجمع بينهما لانهما حقان مختلفان وجبا في محلين بسببين
مختلفين فلا يتنافيان ولنا قوله عليه السلام لا يجتمع عشر وخراج في ارض مسلم ولان احدا من ائمة
العدل والجور لم يجمع بينهما وكفى باجماعهم حجة ولان الخراج يجب في ارض فتحت عنوة وقهرا
والعشر في ارض اسلم اهلها طوعا والوصفان لا يجتمعان في ارض واحدة وسبب الحقين
واحد وهو الارض النامية الا انه يعتبر في العشر تحقيقا وفي الخراج تقديرا ولهذا يضافان
الى الارض وعلى هذا الخلاف الزكوة مع احدهما ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج في سنة
لان عمر رضي الله عنه لم يوظفه مكررا بخلاف العشر لانه لا يتحقق عشرا الا بوجوبه في كل خارج

باب الجزية

وهي على ضربين جزية توضع بالتراضي والصلح فتتقدر
بحسب ما يقع عليه الاتفاق كما صالح رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم بني نجران على الف ومائتي
حلة ولان الموجب هو التراضي فلا يجوز التعدي الى غير ما وقع عليه وجزية يبتدي الامام
وضعها اذا غلب الامام على الكفار واقرهم على املاكهم فيضع على الغني الظاهر الغنى
في كل سنة ثمانية واربعين درهما ياخذ منه في كل شهر اربعة دراهم وعلى وسط الحال اربعة
وعشرين درهما في كل شهر درهمين وعلى الفقير المعتمل اثني عشر درهما في كل شهر درهما
وهذا عندنا وقال الشافعي يضع على كل حالم دينارا او ما يعدل الدينار الغني والفقير
في ذلك سواء لقوله عليه السلام لمعاذ رضي الله عنه خذ من كل حالم وحالمة دينارا او عدله
معافر من غير فصل ولان الجزية انما وجبت بدلا عن القتل حتى لا تجب على من لا يجوز قتله
بسبب الكفر كالذراري والنسوان وهذا المعنى ينتظم الفقير والغني ومذهبنا منقول
عن عمر وعثمان وعلي رضي الله تعالى عنهم ولم ينكر عليهم احد من المهاجرين والانصار ولانه
وجب نصرة للمقاتلة فتجب على التفاوت بمنزلة خراج الارض وهذا لانه وجب بدلا
عن النصرة بالنفس والمال وذلك يتفاوت بكثرة الوفر وقلته فكذا ما هو بدله وما رواه
محمول على انه كان ذلك صلحا ولهذا امر بالاخذ من الحالمة وان كانت لا تؤخذ منها الجزية
قال وتوضع الجزية على اهل الكتاب والمجوس لقوله تعالى من الذين اوتوا الكتاب قاتلوا
الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر الى ان قال حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون

وضع

ووضع رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم الجزية على المجوس قال وعلى عبدة الاوثان من العجم
وفيه خلاف الشافعي هو يقول ان القتال واجب لقوله تعالى وقاتلوهم الا انا عرفنا جواز
تركه في حق اهل الكتاب بالكتاب وفي حق المجوس بالخبر فبقي من وراءهم على الاصل
ولنا انه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم اذ كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس
منهم فانه يكتسب ويؤدي الى المسلمين ونفقته في كسبه وان ظهر عليهم قبل ذلك فهم ونساؤهم
وصبيانهم فيء لجواز استرقاقهم ولا توضع على عبدة الاوثان من العرب ولا المرتدين
لان كفرهما قد تغلظ اما مشركو العرب فلان النبي عليه السلام نشأ بين اظهرهم والقرآن
نزل بلغتهم فالمعجزة في حقهم اظهر واما المرتد فلانه كفر بربه بعدما هدي الى الاسلام
ووقف على محاسنه فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام او السيف زيادة في العقوبة
وعند الشافعي يسترق مشركو العرب وجوابه ما قلنا واذا ظهر عليهم فنساؤهم وصبيانهم فيء
لان ابا بكر رضي الله عنه استرق نسوان بني حنيفة وصبيانهم لما ارتدوا وقسمهم بين الغانمين
ومن لم يسلم من رجالهم قتل لما ذكرنا ولا جزية على امرأة ولا صبي لانها وجبت بدلا
عن القتال وهما لا يقتلان ولا يقاتلان لعدم الاهلية قال ولا زمن ولا اعمى
وكذا المفلوج والشيخ الكبير لما بينا وعن ابي يوسف انه يجب اذا كان له مال لانه يقتل
في الجملة اذا كان له راي قال ولا على فقير غير معتمل خلافا للشافعي له اطلاق حديث
معاذ رضي الله عنه ولنا ان عثمان رضي الله عنه لم يوظفها على فقير غير معتمل وذلك بمحضر من الصحابة
رضي الله تعالى عنهم ولان خراج الارض لا يوظف على ارض لا طاقة لها فكذا هذا الخراج
والحديث محمول على الفقير المعتمل ولا توضع على المملوك والمكاتب والمدبر وام الولد
لانه بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا وعلى اعتبار الثاني لا تجب فلا تجب
بالشك ولا يؤدي عنهم مواليهم لانهم تحملوا الزيادة بسببهم ولا توضع على الرهبان
الذين لا يخالطون الناس كذا ذكر هنا وذكر محمد عن ابي حنيفة انه توضع عليهم اذا
كانوا يقدرون على العمل وهو قول ابي يوسف ووجه الوضع عليهم ان القدرة على
العمل هو الذي ضيعها فصار كتعطيل الارض الخراجية ووجه الوضع عنهم انه لا قتل عليهم
اذا كانوا لا يخالطون الناس والجزية في حقهم لاسقاط القتل ولا بد ان يكون المعتمل
صحيحا ويكتفي بصحته في اكثر السنة ومن اسلم وعليه جزية سقطت عنه وكذلك اذا مات
كافرا خلافا للشافعي فيهما له انها وجبت بدلا عن العصمة او عن السكنى وقد وصل اليه
المعوض فلا يسقط عنه العوض بهذا العارض كما في الاجرة والصلح عن دم العمد ولنا

لقوله عليه السلام ليس على مسلم جزية ولانها وجبت عقوبة على الكفر ولهذا تسمى جزية وهي
والجزاء واحد وعقوبة الكفر تسقط بالاسلام ولا تقام بعد الموت ولان شرع
العقوبة في الدنيا لا يكون الا لدفع الشر وقد اندفع بالموت والاسلام ولانها وجبت
بدلا عن النصرة في حقنا وقد قدر عليها بنفسه بعد الاسلام والعصمة تثبت لكونه آدميا
والذمي يسكن ملك نفسه فلا معنى لايجاب بدل العصمة والسكنى وان اجتمعت عليه الحولان
تداخلت وفي الجامع الصغير ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت سنة
اخرى لم يؤخذ وهذا عند ابي حنيفة وقالا يؤخذ منه وان مات عند تمام السنة لم يؤخذ منه
في قولهم جميعا وكذلك ان مات في بعض السنة اما مسئلة الموت فقد ذكرناها وقيل
خراج الارض على هذا الخلاف وقيل لا تداخل فيه بالاتفاق لهما في الخلافية ان الخراج
وجب عوضا والاعواض اذا اجتمعت وامكن استيفاؤها تستوفى وقد امكن فيما نحن
فيه بعد توالي السنين بخلاف ما اذا اسلم لانه تعذر استيفاؤه ولابي حنيفة انها وجبت
عقوبة على الاصرار على الكفر على ما بيناه ولهذا لا تقبل منه لو بعث على يد نائبه في اصح
الروايات بل يكلف ان يأتي به بنفسه فيعطي قائما والقابض منه قاعد وفي رواية
يأخذ بتلبيبه ويهزه هزا ويقول اعط الجزية يا ذمي فثبت انه عقوبة والعقوبات
اذا اجتمعت تداخلت كالحدود ولانها وجبت بدلا عن القتل في حقهم وعن النصرة
في حقنا كما ذكرنا لكن في المستقبل لا في الماضي لان القتل انما يستوفى لحراب قائم
في الحال لا لحراب ماض وكذا النصرة في المستقبل لان الماضي وقعت الغنية عنه ثم قول
محمد في الجزية في الجامع الصغير وجاءت سنة اخرى حمله بعض المشايخ على المضي مجازا
وقال الوجوب باخر السنة فلا بد من المضي ليتحقق الاجتماع فتداخل وعند البعض هو
مجرى على حقيقته والوجوب عند ابي حنيفة باول الحول فيتحقق الاجتماع بمجرد المجيء
والاصح عندنا ان الوجوب في ابتداء الحول وعند الشافعي في آخره اعتبارا بالزكوة
ولنا ان ما وجب بدلا عنه لا يتحقق الا في المستقبل على ما قررناه فتعذر ايجابه بعد مضي
الحول فاوجبناها في اوله **فصل** ولا يجوز احداث بيعة ولا كنيسة
في دار الاسلام لقوله عليه السلام لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة والمراد احداثها
وان انهدمت البيع والكنائس القديمة اعادوها لان الابنية لا تبقى دائما ولما
اقرهم الامام فقد عهد اليهم الاعادة الا انهم لا يمكنون من نقلها لانه احداث في الحقيقة
والصومعة للتخلي فيها بمنزلة البيعة بخلاف موضع الصلوة في البيت لانه تبع للسكنى وهذا

في الا

١٧١

في الامصار دون القرى لان الامصار هي التي تقام فيها الشعائر فلا تعارض باظهار
ما يخالفها وقيل في ديارنا يمنعون من ذلك في القرى ايضا لان فيها بعض الشعائر والمروي
عن صاحب المذهب في قرى الكوفة لان اكثر اهلها اهل الذمة وفي ارض العرب يمنعون من
ذلك في امصارها وقراها لقوله عليه السلام لا يجتمع دينان في جزيرة العرب قال ويؤخذ
اهل الذمة بالتميز عن المسلمين في زيهم ومراكبهم وسروجهم وقلانسهم ولا يركبون الخيل
ولا يعملون بالسلاح وفي الجامع الصغير ويؤخذ اهل الذمة باظهار الكستيجات
والركوب على السروج التي هي كهيئة الاكف وانما يؤخذون بذلك اظهارا للصغار عليهم و
صيانة لضعفة المسلمين ولان المسلم يكرم والذمي يهان ولا يبتدأ بالسلام ويضيق عليه الطريق
فلو لم يكن علامة مميزة فلعله يعامل معاملة المسلمين وذلك لا يجوز والعلامة يجب ان تكون
خيطا غليظا من الصوف يشده على وسطه دون الزنار من الابريسم فانه جفاء في حق
اهل الاسلام ويجب ان يتميز نساؤهم عن نسائنا في الطرقات والحمامات ويجعل على دورهم
علامات كيلا يقف عليها سائل يدعو لهم بالمغفرة قالوا الاحق ان لا يتركوا ان يركبوا
الا للضرورة واذا ركبوا للضرورة فلينزلوا في مجامع المسلمين فان لزمت الضرورة اتخذوا
سروجا بالصفة التي تقدمت ويمنعون عن لباس يختص به اهل العلم والزهد والشرف
ومن امتنع من الجزية او قتل مسلما او سب النبي عليه الصلوة والسلام او زنى بمسلمة لم ينتقض
عهده لان الغاية التي ينتهي بها القتال التزام الجزية لا اداؤها والالتزام باق
وقال الشافعي سب النبي صلى الله تعالى عليه وسلم يكون نقضا لانه ينقض ايمانه فكذا ينقض
امانه اذ عقد الذمة خلف عنه ولنا ان سب النبي عليه السلام كفر منه والكفر المقارن لا يمنعه
فالطارئ لا يرفعه قال ولا ينتقض العهد الا ان يلتحق بدار الحرب او يغلبوا على موضع فيحاربوننا
لانهم صاروا حربا علينا فيعرى عقد الذمة عن الفائدة وهو دفع شر الحراب واذا انتقض
الذمي العهد فهو بمنزلة المرتد معناه في الحكم بموته باللحاق لانه التحق بالاموات وكذا
في حكم ما حمله من ماله الا انه لو اسر يسترق بخلاف المرتد **فصل** ونصارى
بني تغلب يؤخذ من اموالهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين من الزكوة لان عمر رضي الله عنه
صالحهم على ذلك بمحضر من الصحابة رضوان الله تعالى عليهم ويؤخذ من نسائهم ولا يؤخذ
من صبيانهم لان الصلح وقع على الصدقة المضاعفة والصدقة تجب عليهن دون الصبيان
فكذا المضاعف وقال زفر لا يؤخذ من نسائهم ايضا وهو قول الشافعي لانه جزية في
الحقيقة على ما قال عمر رضي الله عنه هذه جزية فسموها ما شئتم ولهذا تصرف مصارف

الجزية ولا جزية على النسوان وكذا انه مال وجب بالصلح والمرأة من اهل وجوبه عليها والمصرف
مصالح المسلمين لانه مال بيت المال وذلك لا يختص بالجزية الا ترى انه لا يراعى فيه
شرائطها ويوضع على مولى التغلبي الخراج اي الجزية وخراج الارض بمنزلة مولى القرشي
وقال زفر يضاعف لقوله عليه السلام مولى القوم منهم الا ترى ان مولى الهاشمي يلحق به
في حق حرمة الصدقة ولنا ان هذا تخفيف والمولى لا يلحق بالاصل فيه ولهذا توضع الجزية
على مولى المسلم اذا كان نصرانيا بخلاف حرمة الصدقة لان الحرمات تثبت بالشبهات فالحق
المولى بالهاشمي في حقه ولا يلزم مولى الغني حيث لا تحرم عليه الصدقة لان الغني من اهلها
وانما الغنى مانع ولم يوجد في حق المولى اما الهاشمي ليس باهل لهذه الصلة اصلا لانه صين
لشرفه وكرامته عن اوساخ الناس فالحق به مولاه قال وما جباه الامام من الخراج
ومن اموال بني تغلب وما اهداه اهل الحرب الى الامام والجزية يصرف في مصالح المسلمين
كسد الثغور وبناء القناطر والجسور ويعطى قضاة المسلمين وعمالهم وعلماؤهم منه
ما يكفيهم ويدفع منه ارزاق المقاتلة وذراريهم لانه مال بيت المال فانه وصل الى المسلمين
من غير قتال وهو معد لمصالح المسلمين وهؤلاء عملتهم ونفقة الذراري على الاباء فلو
لم يعطوا كفايتهم لاحتاجوا الى الاكتساب فلا يتفرغون للقتال ومن مات في نصف السنة
فلا شيء له من العطاء لانه صلة وليس بدين ولهذا سمي عطاء فلا يملك قبل القبض
ويسقط بالموت واهل العطاء في زماننا القاضي والمدرس والمفتي

باب احكام المرتدين

واذا ارتد المسلم عن الاسلام عرض عليه الاسلام فان كانت له شبهة
كشفت عنه لانه عساه اعترته شبهة فتزاح وفيه دفع شره باحسن الامرين الا ان العرض
على ما قالوا غير واجب لان الدعوة بلغته قال ويحبس ثلثة ايام فان اسلم والا قتل وفي
الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الاسلام فان ابى قتل وتاويل الاول انه يستمهل فيمهل
ثلثة ايام لانها مدة ضربت لابلاء الاعذار وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه يستحب ان يؤجله
ثلثة ايام طلب ذلك او لم يطلب وعن الشافعي ان على الامام ان يؤجله ثلثة ايام ولا يحل له
ان يقتله قبل ذلك لان ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهرا فلا بد من مدة يمكنه التامل فقدرناها
بالثلث ولنا قوله تعالى اقتلوا المشركين من غير قيد الامهال وقوله عليه السلام من بدل
دينه فاقتلوه ولانه كافر حربي بلغته الدعوة فيقتل للحال من غير استمهال وهذا
لانه لا يجوز تاخير الواجب لامر موهوم ولا فرق بين الحر والعبد لاطلاق الدلائل
وكيفية توبته ان يتبرأ عن الاديان كلها سوى الاسلام لانه لا دين له ولو تبرأ عما انتقل

اليه

اليه كفاه لحصول المقصود قال فان قتله قاتل قبل عرض الاسلام عليه كره ولا شيء على
القاتل ومعنى الكراهية هنا ترك المستحب وانتفاء الضمان لان الكفر مبيح والعرض بعد بلوغ
الدعوة غير واجب واما المرتدة فلا تقتل ولكن تحبس حتى تسلم وقال الشافعي تقتل
لما رويناه ولان ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث انها جناية متغلظة فيناط بها عقوبة
متغلظة وردة المرأة تشاركها فيها فتشاركها في موجبها ولنا ان النبي عليه السلام نهى
عن قتل النساء ولان الاصل تاخير الاجزية الى دار الآخرة اذ تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء
وانما عدل عنه دفعا لشر ناجز وهو الحراب ولا يتوجه ذلك من النساء لعدم صلاحية البنية
بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالاصلية قال ولكن تحبس حتى تسلم لانها امتنعت عن ايفاء
حق الله تعالى بعد الاقرار فتجبر على ايفائه بالحبس كما في حقوق العباد وفي الجامع الصغير
تجبر المرأة على الاسلام حرة كانت او امة والامة يجبرها مولاها اما الجبر فلما ذكرنا
ومن المولى لما فيه من الجمع بين الحقين ويروى تضرب في كل ايام مبالغة في الحمل على الاسلام
قال ويزول ملك المرتد عن امواله بردته زوالا موقوفا فان اسلم عادت على حالها قالوا هذا عند
ابي حنيفة وعندهما لا يزول ملكه لانه مكلف محتاج فالى ان يقتل يبقى ملكه كالمحكوم
عليه بالرجم والقصاص وله انه حربي مقهور تحت ايدينا حتى يقتل ولا قتل الا بالحراب
وهذا يوجب زوال ملكه ومالكيته غير انه مدعو الى الاسلام بالاجبار عليه ويرجى عوده
فتوقفنا في امره فان اسلم جعل العارض كان لم يكن في حق هذا الحكم وصار كان لم يزل مسلما
ولم يعمل السبب وان مات او قتل على ردته او لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه استقر كفره فيعمل
السبب عمله وزال ملكه قال وان مات او قتل على ردته انتقل ما اكتسبه في حال اسلامه
الى ورثته المسلمين وكان ما اكتسبه في حال ردته فيئا وهذا عند ابي حنيفة وقالا كلاهما
لورثته وقال الشافعي كلاهما فيء لانه مات كافرا والمسلم لا يرث الكافر ثم هو مال حربي
لا امان له فيكون فيئا ولهما ان ملكه في الكسبين بعد الردة باق على ما بيناه فينتقل
بموته الى ورثته ويستند الى ما قبيل ردته اذ الردة سبب الموت فيكون توريث المسلم
من المسلم ولابي حنيفة انه يمكن الاستناد في كسب الاسلام لوجوده قبل الردة ولا يمكن
الاستناد في كسب الردة لعدمه قبلها ومن شرطه وجوده ثم انما يرثه من كان وارثا له
حالة الردة وبقي وارثا له الى وقت موته في رواية عن ابي حنيفة اعتبارا للاستناد وعنه
انه يرثه من كان وارثا له عند الردة ولا يبطل استحقاقه بموته بل يخلفه وارثه
لان الردة بمنزلة الموت وعنه انه يعتبر وجود الوارث عند الموت لان الحادث بعد

انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاد العقد كالولد الحادث من المبيع قبل القبض
وترثه امرأته المسلمة اذا مات او قتل وهي في العدة لانه يصير فارّا وان كان صحيحا وقت الردة
والمرتدة كسبها لورثتها لانه لا حراب منها فلم يوجد سبب الفيء بخلاف المرتد عند ابي حنيفة
ويرثها زوجها المسلم ان ارتدت وهي مريضة لقصدها ابطال حقه وان كانت صحيحة لا يرثها
لانها لا تقتل فلم يتعلق حقه بمالها بالردة بخلاف المرتد وان لحق بدار الحرب مرتدا وحكم
الحاكم بلحاقه عتق مدبروه وامهات اولاده وحلت الديون التي عليه ونقل ما اكتسبه
في حالة الاسلام الى ورثته من المسلمين وقال الش يبقى ماله موقوفا كما كان لانه نوع غيبة
فاشبه الغيبة في دار الاسلام ولنا انه باللحاق صار من اهل الحرب وهم اموات في حق
احكام الاسلام لانقطاع ولاية الالزام كما هي منقطعة عن الموتى فصار كالموت الا
انه لا يستقر لحاقه الا بقضاء القاضي لاحتمال العود الينا فلا بد من القضاء واذا
تقرر موته ثبتت الاحكام المتعلقة به وهي ما ذكرناها كما في الموت الحقيقي ثم يعتبر كونه
وارثا عند لحاقه في قول محمد لان اللحاق هو السبب والقضاء لتقرره بقطع الاحتمال
وقال ابو يوسف وقت القضاء لانه يصير موتا بالقضاء والمرتدة اذا لحقت بدار الحرب
فهي على هذا وتقضى الديون التي لزمته في حال الاسلام مما اكتسبه في حالة الاسلام
وما لزمته في حال ردته من الديون مما اكتسبه في حال ردته قال رضي هذا رواية عن ابي حنيفة
وعنه انه يبدأ بكسب الاسلام وان لم يف بذلك تقضى من كسب الردة وعنه على عكسه وجه الاول
ان المستحق بالسببين مختلف وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب به الدين
فيقضى كل دين من الكسب المكتسب في تلك الحالة ليكون الغرم بالغنم وجه الثاني ان كسب الاسلام
ملكه حتى يخلفه الوارث فيه ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث فيقدم الدين
عليه اما كسب الردة ليس مملوكا له لبطلان اهلية الملك بالردة عنده فلا يقضى دينه منه
الا اذا تعذر قضاؤه من محل آخر فحينئذ يقضى منه كالذمي اذا مات ولا وارث له يكون
ماله لجماعة المسلمين ولو كان عليه دين يقضى منه كذلك هنا وجه الثالث ان كسب الاسلام
حق الورثة وكسب الردة خالص حقه فكان قضاء الدين منه اولى الا اذا تعذر بان
لم يف به فحينئذ يقضى من كسب الاسلام تقديما لحقه وقالا تقضى ديونه من الكسبين لانهما
جميعا ملكه حتى يجري الارث فيهما قال وما باعه او اشتراه او اعتقه او وهبه او تصرف فيه
من امواله في حال ردته فهو موقوف فان اسلم صحت عقوده وان مات او قتل او لحق بدار
الحرب بطلت وهذا عند ابي حنيفة وقالا يجوز ما صنع في الوجهين اعلم ان تصرفات

المرتد

تصرفات المرتد على اقسام

المرتد على اربعة اقسام نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق لانه لا يفتقر الى حقيقة
الملك وتمام الولاية وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لانه يعتمد الملة ولا ملة له
وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة لانها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد
ما لم يسلم ومختلف في توقفه وهو ما عددناه لهما ان الصحة تعتمد الاهلية والنفاذ الملك
ولا خفاء في وجود الاهلية لكونه مخاطبا وكذا الملك لقيامه قبل موته على ما قررناه
من قبل ولهذا لو ولد له ولد بعد الردة لستة اشهر من امرأة مسلمة ترثه ولو مات ولده بعد الردة
قبل الموت يرثه فتصح تصرفاته الا انه عند ابي يوسف يصح كما يصح من الصحيح لان الظاهر عوده
الى الاسلام اذ الشبهة تزاح فلا يقتل فصار كالمرتدة وعند محمد تصح كما تصح من المريض
لان من انتحل الى نحلة لا سيما معرضا عما نشأ عليه قلما يتركه فيفضي الى القتل ظاهرا بخلاف
المرتدة لانها لا تقتل ولابي حنيفة انه حربي مقهور تحت ايدينا على ما قررناه في توقف الملك
لتوقف التصرفات بناء عليه وصار كالحربي يدخل دارنا بغير امان فيؤخذ ويقهر
تتوقف تصرفاته لتوقف حاله فكذا المرتد واستحقاقه القتل لبطلان سبب العصمة
في الفصلين فاوجب خللا في الاهلية بخلاف الزاني وقاتل العمد لان استحقاق القتل فيهما
جزاء على الجناية وبخلاف المرأة لانها ليست حربية ولهذا لا تقتل وان عاد المرتد بعد
الحكم بلحاقه الى دار الاسلام مسلما فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه اخذه لان الوارث
انما يخلفه فيه لاستغنائه واذا عاد مسلما احتاج اليه فيقدم عليه بخلاف ما اذا ازاله
الوارث عن ملكه وبخلاف امهات اولاده ومدبريه لان القضاء قد صح بدليل مصحح فلا ينقض
ولو جاء مسلما قبل ان يقضي القاضي بذلك فكانه لم يزل مسلما لما ذكرنا واذا وطئ المرتد
جارية نصرانية كانت له في حالة الاسلام فجاءت بولد لاكثر من ستة اشهر منذ ارتد
فادعاه فهي ام ولد له والولد حر وهو ابنه ولا يرثه فان كانت الجارية مسلمة ورثه الابن
ان مات على الردة او لحق بدار الحرب اما صحة الاستيلاد فلما قلنا واما الارث فلان الام
اذا كانت نصرانية فالولد يتبعه لقربه الى الاسلام للجبر عليه فصار في حكم المرتد والمرتد
لا يرث المرتد اما اذا كانت مسلمة فالولد مسلم تبعا لها لانها خيرهما دينا والمسلم لا يرث المرتد
واذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو فيء فان لحق ثم رجع واخذ مالا
والحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فوجدته الورثة قبل القسمة رد عليهم لان الاول
مال لم يجر فيه الارث والثاني انتقل الى ورثته بقضاء القاضي بلحاقه فكان الوارث مالكا
قديما واذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضي به لابنه فكاتبه ثم جاء المرتد مسلما

فالمكاتبة جائزة وبدل الكتابة والولاء للمرتد الذي اسلم لانه لا وجه الى ابطال الكتابة لنفوذها
بدليل منفذ فجعل الوارث الذي هو خلفه كالوكيل من جهته وحقوق العقد فيه ترجع
الى الموكل والولاء لمن يقع العتق عنه واذا قتل المرتد رجلا خطأ ثم لحق بدار الحرب او قتل
على ردته فالدية في مال اكتسبه في حال الاسلام خاصة عند ابي حنيفة وقالا الدية فيما
اكتسبه في الاسلام والردة جميعا لان العواقل لا تعقل المرتد لانعدام النصرة فيكون
في ماله وعندهما الكسبان جميعا ماله لنفوذ تصرفاته في الحالين ولهذا يجري الارث فيهما وعنده
ماله المكتسب في الاسلام لنفوذ تصرفه دون المكسوب في الردة لتوقف تصرفه ولهذا
كان الاول ميراثا عنه والثاني فيئا فمنه واذا قطعت يد المسلم عمدا فارتد والعياذ بالله ثم مات
على ردته او لحق ثم جاء مسلما فمات من ذلك فعلى القاطع نصف الدية في ماله للورثة اما الاول
فلان السراية حلت محلا غير معصوم فاهدرت بخلاف ما اذا قطعت يد المرتد ثم اسلم فمات
من ذلك لان الاهدار لا يلحقه الاعتبار اما المعتبر قد يهدر بالابراء فكذا بالردة واما الثاني
وهو ما اذا لحق ومعناه اذا قضى بلحاقه لانه صار ميتا تقديرا والموت يقطع السراية واسلامه
حيوة حادثة في التقدير فلا يعود حكم الجناية الاولى واذا لم يقض القاضي بلحاقه فهو على
الخلاف الذي نبينه ان شاء الله تعالى فان لم يلحق واسلم ثم مات فعليه الدية كاملة وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال زفر ومحمد في جميع ذلك نصف الدية لان اعتراض الردة اهدر
السراية فلا تنقلب بالاسلام الى الضمان كما اذا قطع يد مرتد فاسلم ولهما ان الجناية وردت
على محل معصوم وتمت فيه فيجب ضمان النفس كما اذا لم يتخلل الردة وهذا لانه لا معتبر
بقيام العصمة في حال بقاء الجناية وانما المعتبر قيامها في حال انعقاد السبب وفي حال
ثبوت الحكم وحالة البقاء بمعزل من ذلك كله وصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين
واذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا فاخذ بماله وابى ان يسلم فقتل فانه
يوفي مولاه مكاتبته وما بقي فلورثته وهذا ظاهر على اصلهما لان كسب الردة ملكه اذا كان
حرا فكذا اذا كان مكاتبا واما عند ابي حنيفة فلان المكاتب انما يملك اكسابه بالكتابة
والكتابة لا تتوقف بالردة فكذا اكسابه الا ترى انه لا يتوقف تصرفه بالادنى وهو الرق
فكذا بالارتداد بطريق الاولى واذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله ولحقا بدار الحرب
فحبلت المرأة في دار الحرب وولدت ولدا وولد لولدهما ولد فظهر عليهم جميعا فالولدان
فيء لان المرتدة تسترق فيتبعها ولدها ويجبر الولد الاول على الاسلام ولا يجبر
ولد الولد وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يجبر تبعا للجد واصله التبعية في الاسلام

وهي

وهي رابعة اربع مسائل كلها على الروايتين والثانية صدقة الفطر والثالثة جر الولاء
والرابعة الوصية للقرابة قال وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد عند ابي حنيفة ومحمد ويجبر
على الاسلام ولا يقتل واسلامه اسلام لا يرث ابويه ان كانا كافرين وقال ابو يوسف
ارتداده ليس بارتداد واسلامه اسلام وقال زفر والشافعي اسلامه ليس باسلام وارتداده
ليس بارتداد لهما في الاسلام انه تبع لابويه فيه فلا يجعل اصلا ولانه يلزمه احكاما
تشوبها المضرة فلا يؤهل له ولنا فيه ان عليا رضي الله عنه اسلم في صباه وصحح النبي
عليه الصلاة والسلام اسلامه وافتخاره بذلك مشهور ولانه اتى بحقيقة الاسلام وهو
التصديق والاقرار معه لان الاقرار عن طوع دليل الاعتقاد على ما عرف والحقائق
لا ترد وما يتعلق به سعادة ابدية ونجاة عقباوية وهي من اجل المنافع وهو الحكم الاصلي
ثم يبتنى عليه غيرها فلا يبالي بما يشوبه ولهما في الردة انها مضرة محضة بخلاف الاسلام على اصل
ابي يوسف لانه تعلق به اعلى المنافع على ما مر ولابي حنيفة ومحمد انها موجودة حقيقة
ولا مرد للحقيقة كما قلنا في الاسلام الا انه يجبر على الاسلام لما فيه من النفع له ولا يقتل
لانه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم وهذا في الصبي الذي يعقل ومن
لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده لان اقراره لا يدل على تغير العقيدة وكذا المجنون و
السكران الذي لا يعقل

باب البغاة

واذا تغلب قوم من المسلمين على بلد
وخرجوا عن طاعة الامام دعاهم الى العود الى الجماعة وكشف عن شبهتهم لان عليا رضي الله عنه
فعل كذلك باهل حروراء قبل قتالهم ولانه اهون الامرين ولعل الشر يندفع به فيبدأ به
ولا يبدأ بقتال حتى يبدأوه فان بدأوه قاتلهم حتى يفرق جمعهم قال رضي الله عنه هكذا
ذكر القدوري في مختصره وذكر الامام المعروف بخواهر زاده ان عندنا يجوز ان يبدأ
بقتالهم اذا تعسكروا واجتمعوا وقال الشافعي لا يجوز حتى يبدأوا بالقتال حقيقة لانه
لا يجوز قتل المسلم الا دفعا وهم مسلمون بخلاف الكافر لان نفس الكفر مبيح عنده ولنا
ان الحكم يدار على الدليل وهو الاجتماع والامتناع وهذا لانه لو انتظر الامام حقيقة
قتالهم ربما لا يمكنه الدفع فيدار الحكم على الدليل ضرورة دفع شرهم واذا بلغه انهم يشترون
السلاح ويتأهبون للقتال ينبغي ان يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا
توبة دفعا للشر بقدر الامكان والمروي عن ابي حنيفة من لزوم البيت محمول على حال
عدم الامام اما اعانة الامام الحق فمن الواجب عند الغنى والقدرة وان كانت لهم فئة
اجهز على جريحهم واتبع موليهم دفعا لشرهم كيلا يلحقوا بهم وان لم يكن لهم فئة لم يجهز

على جريحهم ولم يتبع موليهم لاندفاع الشر دونه وقال الشافعي لا يجوز ذلك في الحالين
لان القتال اذا تركوه لم يبق قتلهم دفعا وجوابه ما ذكرناه ان المعتبر دليله لا حقيقته
ولا تسبى لهم ذرية ولا يقسم لهم مال لقول علي رضي الله عنه يوم الجمل ولا يقتل اسير ولا يكشف
ستر ولا يؤخذ مال وهو القدوة في هذا الباب وقوله في الاسير تأويله اذا لم يكن
لهم فئة فان كانت يقتل الامام الاسير وان شاء حبسه لما ذكرنا ولانهم مسلمون والاسلام
يعصم النفس والمال ولا بأس بان يقاتلوا بسلاحهم ان احتاج المسلمون اليه وقال الشافعي
لا يجوز والكراع على هذا الخلاف له انه مال مسلم فلا يجوز الانتفاع به الا برضاه ولنا
ان عليا قسم السلاح فيما بين اصحابه رضي الله عنهم بالبصرة وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك
ولان للامام ان يفعل ذلك في مال العادل عند الحاجة ففي مال الباغي اولى والمعنى فيه
الحاق الضرر الادنى لدفع الاعلى ويحبس الامام اموالهم فلا يردها عليهم ولا يقسمها
حتى يتوبوا فيردها عليهم اما عدم القسمة فلما بيناه واما الحبس فلدفع شرهم بكسر شوكتهم
ولهذا يحبسها عنهم وان كان لا يحتاج اليها الا انه يبيع الكراع لان حبس الثمن انظر
وايسر واما الرد بعد التوبة فلاندفاع الضرورة ولا استغنام فيها قال وما جباه
اهل البغي من البلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لم يأخذه الامام ثانيا
لان ولاية الاخذ له باعتبار الحماية ولم يحمهم فان كانوا صرفوه في حقه اجزأ من
اخذ منه لوصول الحق الى مستحقه وان لم يكونوا صرفوه في حقه فعلى اهله فيما بينهم وبين
الله تعالى ان يعيدوا ذلك لانه لم يصل الى مستحقه قال رضي الله عنه قالوا لا اعادة عليهم
في الخراج لانهم مقاتلة فكانوا مصارف وان كانوا اغنياء وفي العشر ان كانوا
فقراء فكذلك لانه حق الفقراء وقد بيناه في الزكوة وفي المستقبل يأخذ الامام
لانه يحميهم فيه لظهور ولايته ومن قتل رجلا وهما من عسكر اهل البغي ثم ظهر عليهم فليس
عليهم شيء لانه لا ولاية لامام العدل حين القتل فلم ينعقد موجبا كالقتل في دار الحرب
وان غلبوا على مصر فقتل رجل من اهل المصر رجلا من اهل المصر عمدا ثم ظهر على المصر
فانه يقتص منه وتأويله اذا لم يجر على اهله احكامهم وازعجوا قبل ذلك وفي ذلك لم
ينقطع ولاية الامام فيجب القصاص واذا قتل رجل من اهل العدل باغيا فانه يرثه وان
قتله الباغي وقال كنت على حق وانا الان على حق ورثه وان قال قتلته وانا اعلم اني على الباطل
لم يرثه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يرث الباغي في الوجهين وهو قول
الشافعي واصله ان العادل اذا اتلف نفس الباغي او ماله لا يضمن ولا يأثم لانه مأمور بقتالهم

دفعا لشرهم والباغي اذا قتل العادل لا يجب الضمان عندنا ولا يأثم وقال الشافعي في القديم
انه يجب وعلى هذا الخلاف اذا تاب المرتد وقد اتلف نفسا او مالا له انه اتلف مالا
معصوما او قتل نفسا معصومة فيجب الضمان اعتبارا بما قبل المنعة ولنا اجماع الصحابة
رضي الله عنهم رواه الزهري ولانه اتلف عن تأويل فاسد والفاسد منه ملحق بالصحيح
اذا ضمت اليه المنعة في حق الدفع كما في منعة اهل الحرب وتأويلهم وهذا لان
الاحكام لا تثبت الا بالالزام او الالتزام ولا التزام لاعتقاد الاباحة عن تأويل
ولا الزام لعدم الولاية لوجود المنعة والولاية باقية قبل المنعة وعند عدم
التأويل ثبت الالتزام اعتقادا بخلاف الاثم لانه لا منعة في حق الشارع اذا ثبت
هذا فنقول قتل العادل الباغي قتل بحق فلا يمنع الارث ولابي يوسف في قتل الباغي
العادل ان التأويل الفاسد انما يعتبر في حق الدفع والحاجة ههنا الى استحقاق الارث
ولهما فيه ان الحاجة الى دفع الحرمان ايضا اذ القرابة سبب الارث فيعتبر الفاسد فيه الا
ان من شرطه بقاءه على ديانته فاذا قال كنت على الباطل لم يوجد الدافع فوجب الضمان
قال ويكره بيع السلاح من اهل الفتنة وفي عساكرهم لانه اعانة على المعصية وليس
ببيعه بالكوفة من اهل الكوفة ومن لم يعرفه من اهل الفتنة بأس لان الغلبة في الامصار
لاهل الصلاح وانما يكره بيع نفس السلاح لا بيع ما لا يقاتل به الا بصنعة الا
ترى انه يكره بيع المعازف ولا يكره بيع الخشب وعلى هذا الخمر مع العنب والله اعلم

كتاب اللقيط

اللقيط سمي به باعتبار مآله لما انه يلقط والالتقاط
مندوب اليه لما فيه من احيائه وان غلب على ظنه ضياعه فواجب قال اللقيط حر لان الاصل
في بني آدم انما هي الحرية وكذا الدار دار الاحرار ولان الحكم للغالب ونفقته في بيت
المال هو المروي عن عمر وعلي رضي الله عنهما ولانه مسلم عاجز عن التكسب ولا مال له ولا قرابة
فاشبه المقعد الذي لا مال له ولان ميراثه لبيت المال والخراج بالضمان ولهذا كانت جنايته
فيه والملتقط متبرع في الانفاق عليه لعدم الولاية الا ان يأمره القاضي به ليكون دينا عليه
لعموم الولاية قال فان التقطه رجل لم يكن لغيره ان يأخذه منه لانه ثبت حق الحفظ له
لسبق يده فان ادعى مدع انه ابنه فالقول قوله معناه اذا لم يدع الملتقط نسبه
وهذا استحسان والقياس ان لا يقبل قوله لانه يتضمن ابطال حق الملتقط وجه الاستحسان
انه اقرار للصبي بما ينفعه لانه يتشرف بالنسب ويعير بعدمه ثم قيل يصح في حقه دون
ابطال حق الملتقط وقيل يبتنى عليه بطلان يده ولو ادعاه الملتقط قيل يصح قياسا

واستحسانا والاصح انه على القياس والاستحسان وقد عرف في الاصل وان ادعاه اثنان
ووصف احدهما علامة في جسده فهو اولى به لان الظاهر شاهد له لموافقة العلامة
كلامه وان لم يصف احدهما علامة فهو ابنهما لاستوائهما في السبب ولو سبقت دعوة
احدهما فهو ابنه لانه ثبت حقه في زمان لا منازع له فيه الا اذا اقام الآخر البينة لان
البينة اقوى واذا وجد في مصر من امصار المسلمين او في قرية من قراهم فادعى ذمي
انه ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلما وهذا استحسان لان دعواه تتضمن النسب وهو
نافع للصغير وابطال الاسلام الثابت بالدار وهو يضره فصحت دعوته فيما ينفعه
دون ما يضره وان وجد في قرية من قرى اهل الذمة او في بيعة او كنيسة كان
ذميا وهذا الجواب فيما اذا كان الواجد ذميا رواية واحدة وان كان الواجد مسلما
في هذا المكان او ذميا في مكان المسلمين اختلفت الرواية فيه ففي كتاب اللقيط اعتبر
المكان لسبقه وفي كتاب الدعوى في بعض النسخ اعتبر الواجد وهو رواية ابن سماعة
عن محمد لقوة اليد الا ترى ان تبعية الابوين فوق تبعية الدار حتى اذا سبي
مع الصغير احد ابويه يعتبر كافرا وفي بعض النسخة اعتبر الاسلام نظرا للصغير ومن ادعى
ان اللقيط عبده لم يقبل منه لانه حر ظاهرا الا ان يقيم البينة انه عبده فان ادعى عبد
انه ابنه ثبت نسبه منه لانه ينفعه وكان حرا لان المملوك قد تلد له الحرة فلا تبطل
الحرية الظاهرة بالشك والحر في دعوته اللقيط اولى من العبد والمسلم اولى من الذمي ترجيحا
لما هو الانظر في حقه وان وجد مع اللقيط مال مشدود عليه فهو له اعتبارا للظاهر
وكذا اذا كان مشدودا على دابة هو عليها لما ذكرنا ثم يصرفه الواجد اليه بامر القاضي
لانه مال ضائع ظاهرا وللقاضي ولاية صرف مثله اليه وقيل يصرفه بغير امر القاضي لانه
للقيط ظاهرا وله ولاية الانفاق وشراء ما لا بد منه كالطعام والكسوة لانه من
الانفاق ولا يجوز تزويج الملتقط لانعدام سبب الولاية من القرابة والملك
والسلطنة قال ولا تصرفه في مال اللقيط اعتبارا بالام وهذا لان ولاية التصرف
لتثمير المال وذلك يتحقق بالراي الكامل والشفقة الوافرة والموجود في كل منهما احدهما
ويجوز ان يقبض له الهبة لانه نفع محض ولهذا يملكه الصغير بنفسه اذا كان عاقلا وتملكه
الام ووصيها قال ويسلمه في صناعة لانه من باب تثقيفه وحفظ حاله قال
ويؤاجره قال رضه وهذا رواية القدوري في مختصره وفي الجامع الصغير لا يجوز ان
يؤاجره ذكره في الكراهية وهو الاصح وجه الاول انه يرجع الى تثقيفه ووجه الثاني

بدعوته

احدهما

انه

انه لا يملك اتلاف منافعه فاشبه العم بخلاف الام لانها تملكه على ما نذكر في الكراهية

كتاب اللقطة

اللقطة امانة اذا اشهد الملتقط انه ياخذها ليحفظها
ويردها على صاحبها لان الاخذ على هذا الوجه ماذون فيه شرعا بل هو الافضل
عند عامة العلماء وهو الواجب اذا خاف الضياع على ما قالوا واذا كان كذلك
لا تكون مضمونة عليه وكذلك اذا تصادقا انه اخذها للمالك لان تصادقهما حجة
في حقهما وصار كالبينة ولو اقر انه اخذه لنفسه يضمن بالاجماع لانه اخذ مال غيره
بغير اذنه وبغير اذن الشرع وان لم يشهد الشهود عليه وقال الآخذ اخذته للمالك
وكذبه المالك يضمن عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يضمن والقول قوله لان
الظاهر شاهد له لاختياره الحسبة دون المعصية ولهما انه اقر بسبب الضمان وهو
اخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو الاخذ لمالكه وفيه وقع الشك فلا يبرأ وما ذكر
من الظاهر يعارضه مثله لان الظاهر ان يكون المتصرف عاملا لنفسه ويكفيه في الاشهاد
ان يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه علي واحدة كانت اللقطة او اكثر لانه
اسم جنس قال فان كانت اقل من عشرة دراهم عرفها اياما وان كانت عشرة فصاعدا
عرفها حولا وهذه رواية عن ابي حنيفة وقوله اياما معناه على حسب ما يرى وقدره
محمد في الاصل بالحول من غير تفصيل بين القليل والكثير وهو قول مالك والشافعي لقوله
عليه السلام من التقط شيئا فليعرفه سنة من غير فصل وجه الاول ان التقدير بالحول
ورد في لقطة كانت مائة دينار تساوي الف درهم والعشرة وما فوقها في معنى الالف
في تعلق القطع به في السرقة وتعلق استحلال الفرج به وليست في معناها في حق تعلق
الزكاة فاوجبنا التعريف بالحول احتياطا وما دون العشرة ليس في معنى الالف بوجه ما
ففوضنا الى راي المبتلى به و الصحيح ان شيئا من هذه المقادير ليس بلازم ويفوض الى
راي الملتقط يعرفها الى ان يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق بها
وان كانت اللقطة شيئا لا يبقى عرفه حتى اذا خاف ان يفسد تصدق به وينبغي ان
يعرفها في الموضع الذي اصابها وفي الجامع فان ذلك اقرب الى الوصول الى صاحبها
وان كانت اللقطة شيئا يعلم ان صاحبها لا يطلبها كالنواة وقشور الرمان يكون
القاؤه اباحة حتى جاز الانتفاع به من غير تعريف لكنه يبقى على ملك مالكه لان التمليك
من المجهول لا يصح قال فان جاء صاحبها والا تصدق بها ايصالا للحق الى المستحق
وهو واجب بقدر الامكان وذلك بايصال عينها عند الظفر بصاحبها وايصال

كذا

قال رضه

قيل

يبقى

العوض وهو الثواب على اعتبار اجازته التصدق بها وان شاء امسكها رجاء الظفر بصاحبها
قال فان جاء صاحبها يعني بعد ما تصدق بها فهو بالخيار ان شاء امضى الصدقة وله ثوابها
لان التصدق وان حصل باذن الشرع لم يحصل باذنه فيتوقف على اجازته والملك
يثبت للفقير قبل الاجازة فلا يتوقف على قيام المحل بخلاف بيع الفضولي لثبوته
بعد الاجازة فيه وان شاء ضمن الملتقط لانه سلم ماله الى غيره بغير اذنه الا
انه باباحة من جهة الشرع وهذا لا ينافي الضمان حقا للعبد كما في تناول مال الغير حالة
المخمصة وان شاء ضمن المسكين اذا هلك في يده لانه قبض ماله بغير اذنه وان كان قائما
اخذه لانه وجد عين ماله قال ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير وقال مالك
والشافعي اذا وجد البعير والبقر في الصحراء فالترك افضل وعلى هذا الخلاف الفرس
لهما ان الاصل في اخذ مال الغير الحرمة والاباحة مخافة الضياع واذا كان معها ما يدفع
عن نفسها يقل الضياع ولكنه يتوهم فيقضى بالكراهة والندب الى الترك ولنا انها
لقطة يتوهم ضياعها فيستحب اخذها وتعريفها صيانة لاموال الناس كما في الشاة
فان انفق الملتقط عليها بغير اذن الحاكم فهو متبرع لقصور ولايته عن ذمة المالك
وان انفق بامره كان ذلك دينا على صاحبها لان للقاضي ولاية في مال الغائب نظرا له
وقد يكون النظر في الانفاق على ما نبين ان شاء الله واذا رفع ذلك الى الحاكم نظر فيه فان
كانت للبهيمة منفعة اجرها وانفق عليها من اجرتها لان فيه ابقاء العين على ملكه من غير مالكه
الزام الدين عليه وكذلك يفعل بالعبد الابق وان لم يكن لها منفعة وخاف ان تستغرق
النفقة قيمتها باعها وامر بحفظ ثمنها ابقاء له معنى عند تعذر ابقائه صورة وان
كان الاصلح الانفاق عليها اذن في ذلك وجعل النفقة دينا على مالكها لانه نصب
ناظرا وفي هذا نظر من الجانبين قالوا انما يأمر بالانفاق يومين او ثلثة ايام على
قدر ما يرى رجاء ان يظهر مالكها فاذا لم يظهر يأمر ببيعها لان دارّة النفقة
مستأصلة فلا نظر في الانفاق مدة مديدة قال رضي الله عنه وفي الاصل شرط اقامة البينة وهو
صحيح لانه يحتمل ان يكون غصبا في يده فلا يأمر فيه بالانفاق وانما يأمر في الوديعة
فلا بد من البينة لكشف الحال وليست تقام للقضاء وان قال لا بينة لي يقول
القاضي له انفق عليها ان كنت صادقا فيما قلت حتى ترجع على المالك ان كان صادقا عليه
ولا ترجع ان كان غاصبا وقوله في الكتاب وجعل النفقة دينا على صاحبها اشارة
الى انه انما يرجع على المالك بعد ما حضر ولم تبع اللقطة اذا شرط القاضي الرجوع على المالك

ومن

وهو رواية وهو الاصح واذا حضر يعني المالك فللملتقط ان يمنعها منه حتى يحضر النفقة
لانه حي بنفقته فصار كانه استفاد الملك من جهته فاشبه المبيع واقرب من ذلك
راد الابق فان له الحبس لاستيفاء الجعل لما ذكرنا ثم لا يسقط دين النفقة بهلاكه في
يد الملتقط قبل الحبس ويسقط اذا هلك بعد الحبس لانه يصير بالحبس شبيه الرهن قال ولقطة
الحل والحرم سواء وقال الشافعي يجب التعريف الى ان يجيء صاحبها لقوله عليه الصلاة والسلام
في الحرم ولا تحل لقطتها الا لمنشدها ولنا قوله عليه السلام اعرف عفاصها ووكاءها
ثم عرفها سنة من غير فصل ولانها لقطة وفي التصدق بعد مدة التعريف ابقاء ملك
المالك من وجه فيملكه كما في سائرها وتأويل ما روى انه لا يحل الالتقاط الا للتعريف
والتخصيص بالحرم لبيان انه لا يسقط التعريف فيه لمكان انه للغرباء ظاهرا واذا
حضر رجل فادعى اللقطة لم تدفع اليه حتى يقيم البينة فان اعطى علامتها حل للملتقط
ان يدفعها اليه ولا يجبر على ذلك في القضاء وقال مالك والشافعي يجبر والعلامة
مثل ان يسمي وزن الدراهم وعددها ووكاءها ووعاءها لهما ان صاحب اليد
ينازعه في اليد ولا ينازعه في الملك فيشترط الوصف لوجود المنازعة من وجه
ولا يشترط اقامة البينة لعدم المنازعة من وجه ولنا ان اليد حق مقصود كالملك
فلا يستحق الا بحجة وهي البينة اعتبارا بالملك الا انه يحل له الدفع عند اصابة العلامة
لقوله عليه السلام فان جاء صاحبها وعرف عفاصها وعددها فادفعها اليه وهذا
للاباحة عملا بالمشهور وهو قوله عليه السلام البينة على المدعي الحديث ويأخذ منه
كفيلا اذا كان يدفعها اليه استيثاقا وهذا بلا خلاف لانه يأخذ
الكفيل لنفسه بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده واذا صدقه قيل لا يجبر على الدفع
كالوكيل بقبض الوديعة وقيل يجبر لان المالك ههنا غير ظاهر والمودع مالك ظاهر اذا صدقه
ولا يتصدق باللقطة على غني لان المأمور به هو التصدق لقوله عليه السلام فان لم يأت
يعني صاحبها فليتصدق به والصدقة لا تكون على غني فاشبه الصدقة المفروضة وان كان
الملتقط غنيا لم يجز له ان ينتفع بها وقال الشافعي يجوز لقوله عليه السلام في حديث ابي
فان جاء صاحبها فادفعها اليه والا فانتفع بها وكان من المياسير ولانه انما
يباح للفقير حملا له على رفعها صيانة لها والغني يشاركه فيه ولنا انه مال الغير
فلا يباح الانتفاع به الا برضاه لاطلاق النصوص والاباحة للفقير لما رويناه
او بالاجماع فيبقى ما وراءه على الاصل والغني محمول على الاخذ لاحتمال افتقاره في

من التعريف والفقير قد يتوانى لاحتمال الاستغناء فيها والانتفاع ابي رضي الله تعالى عنه
كان باذن الامام وهو جائز بلا زيادة واذا كان الملتقط فقيرا فلا باس بان ينتفع بها
لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين ولهذا جاز الدفع الى فقير غيره وكذا اذا كان الفقير الآبق
اباه او ابنه او زوجته وان كان هو غنيا لما ذكرنا

كتاب الاباق

الآبق اخذه افضل في حق من يقوى عليه لما فيه من احيائه واما الضال فقد قيل كذلك وقيل
تركه افضل لانه لا يبرح مكانه فيجده المالك ولا كذلك الآبق ثم آخذ الآبق ياتي به الى
السلطان لانه لا يقدر على حفظه بنفسه بخلاف اللقطة ثم اذا رفع الآبق اليه يحبسه ولو رفع
الضال لا يحبسه لانه لا يؤمن على الآبق من الاباق ثانيا بخلاف الضال قال ومن رد
الآبق على مولاه من مسيرة ثلثة ايام فصاعدا فله عليه جعله اربعون درهما وان رده لاقل
من ذلك فبحسابه وهذا استحسان والقياس ان لا يكون له شيء الا بالشرط وهو قول الشافعي
لانه متبرع بمنافعه فاشبه العبد الضال ولنا ان الصحابة رضي الله تعالى عنهم اتفقوا على وجوب
اصل الجعل الا ان منهم من اوجب اربعين ومنهم من اوجب دونها فاوجبنا الاربعين في
مسيرة السفر وما دونها فيما دونه توفيقا وتلفيقا ولان ايجاب الجعل اصله حامل على
الرد اذ الحسبة نادرة فيحصل صيانة اموال الناس والتقدير بالسمع ولا سمع في الضال
فامتنع ولان الحاجة الى صيانة الضال دونها الى صيانة الآبق لانه لا يتوارى والآبق
يختفي ويقدر الرضخ في الرد عما دون السفر باصطلاحهما او يفوض الى راي القاضي
وقيل يقسم الاربعون على الايام الثلثة اذ هي اقل مدة السفر قال فان كانت قيمته اقل
قال رضم من اربعين يقضي له بقيمته الا درهما قال هذا قول محمد وقال ابو يوسف له اربعون درهما لان التقدير
بها ثبت بالنص فلا ينقص عنها ولهذا لا يجوز الصلح على الزيادة بخلاف الصلح على الاقل
لانه حط منه ولمحمد ان المقصود حمل الغير على الرد ليحيا مال المالك فينقص درهم ليسلم له شيء
تحقيقا للفائدة وام الولد والمدبر في هذا بمنزلة القن اذا كان الرد في حياة المولى
من احياء ملكه ولو رد بعد مماته لا جعل فيهما لانهما يعتقان بالموت بخلاف القن ولو كان
الراد ابا المولى او ابنه وهو في عياله او احد الزوجين على الآخر فلا جعل لان هؤلاء
يتبرعون بالرد عادة فلا يتناولهم اطلاق الكتاب قال وان ابق من الذي رده فلا شيء وذكر م
عليه لانه امانة في يده لكن هذا اذا اشهد وقد ذكرناه في اللقطة قال في بعض النسخ
انه لا شيء له وهو صحيح ايضا لانه في معنى البائع من المالك ولهذا كان له ان يحبس
الآبق حتى يستوفي الجعل بمنزلة البائع يحبس المبيع لاستيفاء الثمن وكذا اذا مات في يده

لا شيء عليه لما قلنا ولو اعتقه المولى كما لقيه صار قابضا بالاعتاق كما في العبد المشتري
وكذا اذا باعه من الراد لسلامة البدل له والرد وان كان له حكم البيع لكنه بيع من وجه
فلا يدخل تحت النهي الوارد عن بيع ما لم يقبض فجاز قال وينبغي اذا اخذه ان يشهد
عليه م انه ياخذه ليرده فالاشهاد حتم فيه على قول ابي حنيفة ومحمد حتى لو رده من لم يشهد
وقت الاخذ لا جعل له عندهما لان ترك الاشهاد امارة انه اخذه لنفسه وصار كما اذا
اشتراه من الآخذ او اتهبه او ورثه فرده على مولاه لا جعل له لانه رده لنفسه الا اذا
اشهد انه اشتراه ليرده فيكون له الجعل وهو متبرع في اداء الثمن وان كان الآبق رهنا
فالجعل على المرتهن لانه احيى ماليته بالرد وهي حقه اذ الاستيفاء منها والجعل بمقابلة احياء
المالية فيكون عليه والرد في حياة الراهن وبعده سواء لان الرهن لا يبطل بالموت وهذا
اذا كانت قيمته مثل الدين او اقل منه فان كانت اكثر فبقدر الدين عليه والباقي على الراهن
لان حقه بالقدر المضمون وصار كثمن الدواء وتخليصه عن الجناية بالفداء وان
كان مديونا فعلى المولى ان اختار قضاء الدين وان بيع بدئ بالجعل والباقي للغرماء
لانه مؤنة الملك والملك فيه كالموقوف فتجب على من يستقر له وان كان جانيا فعلى
المولى ان اختار الفداء لعود المنفعة اليه وعلى الاولياء ان اختار الدفع لعوده اليهم
وان كان موهوبا فعلى الموهوب له وان رجع الواهب في هبته بعد الرد لان المنفعة للواهب
ما حصلت بالرد بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد وان كان لصبي فالجعل في
ماله لانه مؤنة ملكه وان رده وصيه فلا جعل له لانه هو الذي يتولى الرد فيه

كتاب المفقود

اذا غاب الرجل فلم يعرف له موضع ولا يعلم حي هو
ام ميت نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفي حقه لان القاضي نصب
ناظرا لكل عاجز عن النظر لنفسه والمفقود بهذه الصفة وصار كالصبي والمجنون وفي نصب
الحافظ لماله والقائم عليه نظر له وقوله يستوفي حقه لاخفاء انه يقبض غلاته والدين
الذي اقر به غريم من غرمائه لانه من باب الحفظ ويخاصم في دين وجب بعقده لانه
اصيل في حقوقه ولا يخاصم في الذي تولاه المفقود ولا في نصيب له في عقار
او عروض في يد رجل لانه ليس بمالك ولا نائب عنه انما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي
وانه لا يملك الخصومة بلا خلاف انما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين
واذا كان كذلك يتضمن الحكم به قضاء على الغائب وانه لا يجوز الا اذا رآه القاضي
وقضى به لانه مجتهد فيه ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضي لانه تعذر عليه حفظ

صورة ومعناه فينظر له بحفظ الكل ولا يبيع ما لا يخاف عليه الفساد في نفقة ولا
في غيرها لانه لا ولاية له على الغائب الا في حفظ ماله فلا يسوغ له ترك حفظ الصورة
وهو ممكن قال وينفق على زوجته واولاده من ماله وليس هذا الحكم مقصورا على الاولاد
بل يعم جميع قرابة الولاد والاصل ان كل من يستحق النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء
القاضي ينفق عليه من ماله عند غيبته لان القضاء حينئذ يكون اعانة وكل من لا يستحقها
في حضرته الا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله في غيبته لان النفقة حينئذ تجب بالقضاء
والقضاء على الغائب ممتنع فمن الاول الاولاد الصغار والاناث من الكبار والزمنى
من الذكور الكبار ومن الثاني الاخ والاخت والخال والخالة وقوله من ماله يعني الدراهم
والدنانير لان حقهم في المطعوم والملبوس فاذا لم يكن ذلك في ماله يحتاج الى
القضاء بالقيمة وهي النقدان والتبر بمنزلتهما في هذا الحكم لانه يصلح قيمة كالمضروب
وهذا اذا كانت في يد القاضي فان كانت وديعة او دينا ينفق عليهم منهما اذا كان
المودع والمديون مقرين بالوديعة والدين والنكاح والنسب وهذا اذا لم يكونا
ظاهرين عند القاضي فان كانا ظاهرين فلا حاجة الى الاقرار وان كان احدهما
ظاهرا الوديعة والدين او النكاح والنسب يشترط الاقرار بما ليس بظاهر هذا هو
الصحيح وان دفع المودع بنفسه او من عليه الدين بغير امر القاضي يضمن المودع ولا يبرأ
المديون لانه ما ادى الى صاحب الحق ولا الى نائبه بخلاف ما اذا دفع بامر القاضي لان القاضي
نائب عنه وان كان المودع والمديون جاحدين اصلا او كانا جاحدين الزوجية والنسب
لم ينتصب احد ممن يستحق النفقة خصما في ذلك لان ما يدعيه للغائب ليس سببا
لثبوت حقه وهو النفقة لانها كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود
قال ولا يفرق بينه وبين زوجته وقال مالك اذا مضى اربع سنين يفرق القاضي بينه
وبين امرأته وتعتد امرأته عدة الوفاة ثم تتزوج من شاءت لان عمر رضي الله عنه
هكذا قضى في الذي استهوته الجن بالمدينة وكفى به اماما ولانه منع حقها بالغيبة فيفرق
القاضي بينهما بعد مضي مدة اعتبارا بالايلاء والعنة وبعد هذا الاعتبار اخذ المقدار
الاربع من الايلاء والسنين من العنة عملا بالشبهين ولنا قوله عليه السلام في امرأة المفقود
انها امرأته حتى يأتيها البيان وقول علي رضي الله عنه فيها هي امرأة ابتليت فلتصبر
حتى يستبين موت او طلاق خرج بيانا للبيان المذكور في المرفوع ولان النكاح عرف
ثبوته والغيبة لا توجب الفرقة والموت في حيز الاحتمال فلا يزال النكاح بالشك وعمر

استهوته الجن اي ذهبت به الجن ... وقصته وذلك
عن عبد الرحمن بن ابي ليلى قال لقيت المفقود فحدثني
حديثه قال كنت ... فاضلني
نفر من الجن فكنت فيهم ثم بدا لهم في عتقي فاعتقوني
ثم اتوا بي قريبا من المدينة فقالوا اتعرف النخل فقلت نعم
فخلوا عني فجئت فاذا عمر بن الخطاب قد ابان امرأتي بعد اربع
سنين وحاضت وانقضت عدتها وتزوجت فخيرني
عمر رضي الله عنه بين ان يردها علي وبين المهر قال المكمل
ويحتمل انه لا يدرك ابن عباس ... السماع من رسول الله
صلى الله عليه وسلم

رضي الله عنه رجع الى قول علي رضي الله عنه ولا معتبر بالايلاء لانه كان طلاقا معجلا فاعتبر
في الشرع مؤجلا فكان موجبا للفرقة ولا بالعنة لان الغيبة تعقب الاوبة والعنة قلما
تنحل بعد استمرارها سنة قال واذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته
قال رضي الله عنه وهذا رواية الحسن عن ابي حنيفة وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الاقران
وفي المروي عن ابي يوسف بمائة سنة وقدره بعضهم بتسعين والاقيس ان لا يقدر
بشيء والارفق ان يقدر بتسعين واذا حكم بموته اعتدت امرأته عدة الوفاة من ذلك
الوقت وقسم ماله بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت كأنه مات في ذلك الوقت معاينة
اذ الحكمي معتبر بالحقيقي ومن مات قبل ذلك لم يرث منه لانه لم يحكم بموته فيها فصار كما
اذا كانت حياته معلومة ولا يرث المفقود من احد مات في حال فقده لان بقاءه حيا
في ذلك الوقت باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة في الاستحقاق وكذا لو اوصى للمفقود
ومات الموصي ثم الاصل انه لو كان مع المفقود وارث لا يحجب به ولكنه ينتقص حقه به
يعطى اقل النصيبين ويوقف الباقي وان كان معه وارث يحجب به لا يعطى اصلا
بيانه رجل مات عن بنتين وابن مفقود وابن ابن وبنت ابن والمال في يد الاجنبي وتصادقوا
على فقد الابن وطلبت الابنتان الميراث تعطيان النصف لانه متيقن به ويوقف النصف
الآخر ولا يعطى ولد الابن لانهم يحجبون بالمفقود لو كان حيا فلا يستحقون الميراث
بالشك ولا ينزع من يد الاجنبي الا اذا ظهرت منه خيانة ونظير هذا الحمل فانه يوقف له
ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى ولو كان معه وارث آخر ان كان لا يسقط بحال
ولا يتغير بالحمل يعطى كل نصيبه وان كان ممن يسقط بالحمل لا يعطى وان كان ممن يتغير به
يعطى الاقل للتيقن به كما في المفقود وقد شرحناه في كفاية المنتهى باتم من هذا

كتاب الشركة

الشركة جائزة لان النبي صلى الله تعالى عليه وسلم بعث
والناس يتعاملونها فقررهم عليها قال الشركة ضربان شركة املاك وشركة عقود
فشركة الاملاك العين يرثها الرجلان او يشتريانها فلا يجوز لاحدهما ان يتصرف
في نصيب الآخر الا باذنه وكل واحد منهما في نصيب صاحبه كالاجنبي وهذه الشركة تتحقق
في غير المذكور في الكتاب كما اذا اتهب الرجلان عينا او ملكاها بالاستيلاء او اختلط
لهما من غير صنع احدهما او بخلطهما خلطا يمنع التمييز رأسا او الا بحرج ويجوز بيع احدهما
نصيبه من شريكه في جميع الصور ومن غير شريكه بغير اذنه الا في صورة الخلط والاختلاط
فانه لا يجوز الا باذنه وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى والضرب الثاني شركة العقود

وركنها الايجاب والقبول وهو ان يقول احدهما شاركتك في كذا وكذا ويقول الآخر
قبلت وشرطها ان يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة ليكون
ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه ثم هي اربعة اوجه مفاوضة
وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه فاما شركة المفاوضة فهو ان يشترك
الرجلان فيتساويا في مالهما وتصرفهما ودينهما لانها شركة عامة في جميع التجارات
يفوض كل واحد منهما امر الشركة الى صاحبه على الاطلاق اذ هي من المساواة قال قائلهم
لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة اذا جهالهم سادوا اي متساوين
فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء وذلك في المال والمراد به ما يصح الشركة
فيه ولا يعتبر التفاضل فيما لا يصح فيه الشركة وكذا في التصرف لانه لو ملك احدهما تصرفا
لا يملكه الآخر فات التساوي وكذا في الدين لما نبين وهذه الشركة جائزة عندنا
استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي وقال لا اعرف ما المفاوضة
بانفراده
وجه القياس انها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول وكل ذلك فاسد وجه
الاستحسان قوله عليه السلام فاوضوا فانه اعظم للبركة وكذا الناس يتعاملونها من غير نكير وبه
يترك القياس والجهالة تتحمل تبعا كما في المضاربة ولا تنعقد الا بلفظ المفاوضة
لبعد شرائطها عن علم العوام حتى لو بينا جميع ما يقتضيه يجوز لان المعتبر هو المعنى قال
ويجوز بين الحرين العاقلين البالغين الكبيرين مسلمين او ذميين لتحقق التساوي وان كان احدهما
كتابيا والآخر مجوسيا يجوز ايضا لما قلنا ولا يجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبي و
البالغ لانعدام المساواة لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحدا
منهما الا باذن المولى والصبي لا يملك الكفالة ولا يملك التصرف الا باذن الولي قال
ولا بين المسلم والكافر وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يجوز للتساوي بينهما
في الوكالة والكفالة ولا معتبر بزيادة تصرف يملكه احدهما كالمفاوضة بين الحنفي
والشفعوي فانها جائزة ويتفاوتان في التصرف في متروك التسمية الا انه يكره
لان الذمي لا يهتدي الى الجائز من العقود ولهما انه لا تساوي في التصرف فان الذمي
لو اشترى برأس المال خمورا او خنازير صح ولو اشتراها مسلم لا يصح ولا يجوز بين
العبدين ولا بين المكاتبين ولا بين الصبيين لانعدام صحة الكفالة وفي كل موضع
لم يصح المفاوضة لفقد شرطها ولا يشترط ذلك في العنان كان عنانا لاجتماع شرائط
العنان اذ هو قد يكون خاصا وقد يكون عاما قال وتنعقد على الوكالة والكفالة اما

تمحض

اما الوكالة فليتحقق المقصود وهو الشركة في المال على ما بينا والكفالة لتحقق المساواة فيما
هو من مواجب التجارات وهو توجه المطالبة نحوهما جميعا قال وما يشتريه كل واحد
منهما يكون على الشركة الا طعام اهله وكسوتهم وكذا كسوته وكذا الادام لان مقتضى
العقد المساواة وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه في التصرف فكان شراء احدهما
كشرائهما الا ما استثناه في الكتاب وهو استحسان لانه مستثنى عن المفاوضة للضرورة
فان الحاجة الراتبة معلومة الوقوع ولا يمكن ايجابه على صاحبه ولا الصرف من ماله ولا بد
من الشراء فيختص به ضرورة والقياس ان يكون على الشركة لما بينا وللبائع ان يأخذ
التصرف
بالثمن من ايهما شاء المشتري بالاصالة وصاحبه بالكفالة ويرجع الكفيل على المشتري
بحصته مما ادى لانه قضى دينا عليه من المال المشترك بينهما قال وما يلزم كل واحد
منهما من الديون بدلا عما يصح فيه الاشتراك فالآخر ضامن له تحقيقا للمساواة فمما يصح
الاشتراك فيه الشراء والبيع والاستئجار ومن القسم الآخر الجناية والنكاح والخلع
والصلح عن دم العمد وعن النفقة قال ولو كفل احدهما بمال عن اجنبي لزم صاحبه عند
ابي حنيفة وقالا لا يلزمه لانه تبرع ولهذا لا يصح من الصبي والعبد المأذون
والمكاتب ولو صدر من المريض يصح من الثلث وصار كالاقراض والكفالة بالنفس
ولابي حنيفة انه تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء لانه يستوجب الضمان بما يؤدي على المكفول
عنه
اذا كانت الكفالة بامره فبالنظر الى البقاء صح لتضمنه المعاوضة وبالنظر الى الابتداء لم يصح
ممن ذكرنا ويصح من الثلث من المريض بخلاف الكفالة بالنفس لانه تبرع ابتداء وانتهاء
واما الاقراض فعن ابي حنيفة انه يلزم صاحبه ولو سلم فهو اعارة فيكون لمثلها حكم عينها
لا حكم البدل حتى لا يصح فيه الاجل فلا يتحقق معاوضة ولو كانت الكفالة بغير امره لم يلزم
صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المعاوضة ومطلق الجواب في الكتاب محمول على المقيد
وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة لانه معاوضة انتهاء قال
وان ورث احدهما مالا تصح فيه الشركة او وهب له ووصل الى يده بطلت المفاوضة
وصارت عنانا لفوات المساواة فيما يصلح رأس المال اذ هي فيه شرط ابتداء وبقاء
وهذا لان الآخر لا يشاركه فيما اصابه لانعدام السبب في حقه الا انها تنقلب
عنانا للامكان فان المساواة ليست بشرط فيه وللدوام حكم الابتداء لكونه غير لازم
وان ورث احدهما عرضا فهو له ولا تفسد المفاوضة وكذا العقار لانه لا تصح فيه
الشركة فلا تشترط المساواة فيه **فصل** ولا تنعقد الشركة الا بالدراهم

والدنانير والفلوس النافقة وقال مالك يجوز بالعروض والمكيل والموزون ايضا اذا
كان الجنس واحدا لانها عقدت على راس مال معلوم فاشبه النقود بخلاف المضاربة
لان القياس يأباها لما فيها من ربح ما لم يضمن فيقتصر على مورد الشرع ولنا انه
يؤدي الى ربح ما لم يضمن لانه اذا باع كل واحد منهما راس ماله وتفاضل الثمنان
فما يستحقه احدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح ما لم يملك وما لم يضمن بخلاف الدراهم
والدنانير لان ثمن ما يشتريه في ذمته اذ هي لا تتعين فكان ربح ما يضمن ولان
اول التصرف في العروض البيع وفي النقود الشرى وبيع احدهما ماله على ان يكون الآخر
شريكا في ثمنه لا يجوز وشراء احدهما شيئا بماله على ان يكون المبيع بينه وبين غيره
جائز واما الفلوس النافقة فلانها تروج رواج الاثمان فالتحقت بها قالوا
هذا قول محمد لانها ملحقة بالنقود عنده حتى لا تتعين بالتعيين ولا يجوز بيع اثنين
بواحد باعيانهما على ما عرف اما عند ابي حنيفة وابي يوسف فلا تجوز الشركة • و
المضاربة بها لان ثمنيتها تتبدل ساعة فساعة وتصير سلعة ويروى عن ابي يوسف
مثل قول محمد والاول اقيس واظهر • وعن ابي حنيفة صحة المضاربة بها قال
ولا تجوز بما سوى ذلك الا ان يتعامل الناس بالتبر والنقرة فتصح الشركة بهما هكذا
ذكر في الكتاب وفي الجامع ولا تكون المفاوضة بمثاقيل ذهب او فضة ومراده
التبر فعلى هذه الرواية التبر سلعة فلا يصلح راس المال في المضاربات والشركات
وذكر في كتاب الصرف ان النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا ينفسخ العقد بهلاكه
قبل التسليم فعلى تلك الرواية يصلح راس المال فيهما وهذا لما عرف انهما خلقا ثمنين في
الاصل الا ان الاول اصح لانها وان خلقت للتجارة في الاصل لكن الثمنية تختص بالضرب
المخصوص لان عند ذلك لا تصرف الى شيء آخر ظاهرا الا ان يجري التعامل باستعمالها
ثمنا فينزل التعامل منزلة الضرب فيكون ثمنا ويصلح راس المال ثم قوله ولا تجوز بما
سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والعددي المتقارب ولا خلاف فيه بيننا
قبل الخلط ولكل واحد منهما متاعه وعليه وضيعته وان خلطا ثم اشتركا فكذلك
عند ابي يوسف والشركة شركة ملك لا عقد وعند محمد تصح شركة العقد وثمرة الخلاف
تظهر عند التساوي في المالين واشتراط التفاضل في الربح وظاهر الرواية ما قاله
ابو يوسف لانه يتعين بالتعيين بعد الخلط كما يتعين قبله وانها ثمن من وجه حتى جاز
البيع بها دينا في الذمة ومبيع من حيث انه يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالاضافة

الصغير م

تتعين بالتعيين

لمحمد رحمه الله م

الى الحالين

الى الحالين بخلاف العروض لانها ليست ثمنا بحال ولو اختلفا جنسا كالحنطة والشعير
والزيت والسمن فخلطا لا تنعقد الشركة بها بالاتفاق والفرق لمحمد ان المخلوط
من جنس واحد من ذوات الامثال ومن جنسين من ذوات القيم فتتمكن الجهالة
كما في العروض واذا لم تصح الشركة فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء • قال
واذا اراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقد الشركة
قال وهذه شركة ملك لما بينا ان العروض لا يصلح راس مال الشركة وتاويله اذا كانت قيمة
متاعهما على السواء ولو كان بينهما تفاوت يبيع صاحب الاقل بقدر ما تثبت به الشركة
قال واما شركة العنان فتنعقد على الوكالة دون الكفالة وهي ان يشترك اثنان في نوع
بز او طعام او يشتركان في عموم التجارات ولا يذكران الكفالة وانعقاده على الوكالة
لتحقق مقصوده كما بيناه ولا ينعقد على الكفالة لان اللفظ مشتق من الاعراض يقال
عن له اي اعرض وهذا لا ينبئ عن الكفالة وحكم التصرف لا يثبت بخلاف مقتضى اللفظ ويصح
التفاضل في المال للحاجة اليه وليس من قضية اللفظ المساواة ويصح ان يتساويا في المال و
يتفاضلا في الربح وقال زفر والشافعي لا يجوز لان التفاضل فيه يؤدي الى ربح ما لم يضمن
فان المال اذا كان نصفين والربح اثلاثا فصاحب الزيادة يستحقها بلا ضمان اذ الضمان
بقدر راس المال ولان الشركة عندهما في الربح للشركة في الاصل ولهذا يشترطان الخلط
فصار الربح بمنزلة نماء الاعيان فيستحق بقدر الملك في الاصل ولنا قوله عليه السلام الربح على ما شرطا
والوضيعة على قدر المالين ولم يفصل ولان الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة
وقد يكون احدهما احذق واهدى او اكثر عملا واقوى فلا يرضى بالمساواة فمست
الحاجة الى التفاضل بخلاف اشتراط جميع الربح لاحدهما لانه يخرج العقد به من الشركة
ومن المضاربة ايضا الى قرض باشتراطه للعامل او الى بضاعة باشتراطه لرب المال وهذا
العقد يشبه المضاربة من حيث انه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة اسما وعملا فانهما يعملان
فعملنا بشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان وبشبه الشركة حتى لا يبطل
باشتراط العمل عليهما قال ويجوز ان يعقدها كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض لان
المساواة في المال ليس بشرط فيه اذ اللفظ لا يقتضيه ولا يصح الا بما بينا ان المفاوضة
تصح به للوجه الذي ذكرناه ويجوز ان يشتركا ومن جهة احدهما دنانير ومن الآخر
دراهم وكذا من احدهما دراهم بيض ومن الآخر سود وقال زفر والشافعي لا يجوز وهذا
بناء على اشتراط الخلط وعدمه فان عندهما شرط ولا يتحقق ذلك في مختلفي الجنس وسنبينه من بعد

متاعهما ح

الشريك ح

ان شاء الله

قال وما اشتراه كل واحد منهما للشركة طولب بثمنه دون الآخر لما بينا انه يتضمن الوكالة دون الكفالة
والوكيل هو الاصل في الحقوق قال ثم يرجع على شريكه بحصته منه معناه اذا ادى من مال
نفسه لانه وكيل من جهته في حصته فاذا نقد من مال نفسه رجع عليه فان كان لا يعرف ذلك
الا بقوله فعليه الحجة لانه يدعي وجوب المال في ذمة الآخر وهو ينكر والقول قول المنكر
مع اليمين قال واذا هلك مال الشركة او احد المالين قبل ان يشتريا شيئا بطلت الشركة
لان المعقود عليه في عقد الشركة المال فانه يتعين فيه كما في الهبة والوصية وبهلاك المعقود
عليه يبطل العقد كما في البيع بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لانه لا يتعين الثمنان فيهما
بالتعيين وانما يتعينان بالقبض على ما عرف وهذا ظاهر فيما اذا هلك المالان وكذا
اذا هلك احدهما لانه ما رضي بشركة صاحبه في ماله الا ليشركه في ماله فاذا فات ذلك لم يكن
راضيا بشركته فيبطل العقد لعدم فائدته وايهما هلك هلك من مال صاحبه ان هلك في يده
فظاهر وكذا اذا كان في يد الآخر لانه امانة في يده بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك على الشركة
لانه لا يتميز فيجعل الهلاك من المالين وان اشترى احدهما بماله وهلك مال الآخر قبل الشراء
فالمشترى بينهما على ما شرطا لان الملك حين وقع وقع مشتركا بينهما لقيام الشركة وقت الشراء
فلا يتغير الحكم بهلاك مال الآخر بعد ذلك ثم الشركة شركة عقد عند محمد خلافا للحسن بن زياد
حتى ان ايهما باع جاز بيعه لان الشركة قد تمت في المشترى فلا ينتقض بهلاك المال بعد
تمامها قال ويرجع على شريكه بحصته من ثمنه لانه اشترى نصفه بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه
وقد بيناه هذا اذا اشترى احدهما باحد المالين اولا ثم هلك المال الآخر اما اذا هلك
احدهما ثم اشترى الآخر بالمال الآخر ان صرحا بالوكالة في عقد الشركة فالمشترى مشترك
بينهما على ما شرطا لان الشركة ان بطلت فالوكالة المصرح بها قائمة فكان مشتركا بحكم الوكالة
ويكون شركة ملك ويرجع على شريكه بحصته من الثمن لما بيناه وان ذكرا مجرد الشركة ولم
ينصا على الوكالة فيها كان المشترى للذي اشتراه خاصة لان الوقوع على الشركة حكم الوكالة
التي تضمنتها الشركة فاذا بطلت يبطل ما في ضمنها بخلاف ما اذا صرح بالوكالة لانها مقصودة
قال وتجوز الشركة وان لم يخلطا المال وقال زفر والشافعي لا تجوز لان الربح فرع المال
ولا يقع الفرع على الشركة الا بعد الشركة في الاصل وانه بالخلط وهذا لان المحل هو المال ولهذا
تضاف اليه ويشترط تعيين رأس المال بخلاف المضاربة لانها ليست بشركة وانما هو يعمل لرب المال
فيستحق الربح عمالة على عمله اما ههنا بخلافه وهذا اصل كبير لهما حتى يعتبر اتحاد الجنس ويشترط
الخلط ولا يجوز التفاضل في الربح مع التساوي في المال ولا يجوز شركة التقبل والاعمال

لانعدام

لانعدام المال ولنا ان الشركة في الربح مستندة الى العقد دون المال لان العقد يسمى
شركة فلا بد من تحقق معنى هذا الاسم فيه فلم يكن الخلط شرطا ولان الدراهم والدنانير
لا تتعينان فلا يستفاد الربح برأس المال وانما يستفاد بالتصرف لانه في النصف
اصيل وفي النصف وكيل واذا تحققت الشركة في التصرف بدون الخلط تحققت في المستفاد
وهو الربح بدونه وصار كالمضاربة فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوي في الربح وتصح
شركة التقبل قال ولا تجوز الشركة اذا شرط لاحدهما دراهم مسماة من الربح لانه
شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج الا قدر المسمى لاحدهما ونظيره في المزارعة
قال ولكل واحد من المتفاوضين وشريكي العنان ان يبضع المال لانه معتاد في عقد الشركة
ولان له ان يستأجر على العمل والتحصيل بغير عوض دونه فيملكه وكذا له ان يودعه لانه
معتاد ولا يجد التاجر منه بدا قال ويدفعه مضاربة لانها دون الشركة فتتضمنها
وعن ابي حنيفة انه ليس له ذلك لانه نوع شركة والاول اصح وهو رواية الاصل لان
الشركة غير مقصودة وانما المقصود تحصيل الربح كما اذا استأجره باجر بل اولى
لانه تحصيل بدون ضمان في ذمته بخلاف الشركة حيث لا يملكها لان الشيء لا يستتبع
مثله قال ويوكل من يتصرف فيه لان التوكيل بالبيع والشراء من توابع التجارة
والشركة انعقدت للتجارة بخلاف الوكيل بالشراء حيث لا يملك ان يوكل غيره لانه عقد
خاص طلب منه تحصيل العين فلا يستتبع مثله قال ويده في المال يد امانة لانه قبض المال
باذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة فصار كالوديعة قال واما شركة الصنائع
وتسمى شركة التقبل كالخياطين والصباغين يشتركان على ان يتقبلا الاعمال ويكون
الكسب بينهما فيجوز ذلك وهذا عندنا وقال زفر والشافعي لا تجوز لان هذه شركة لا تفيد
مقصودها وهو التثمير لانه لا بد من رأس المال وهذا لان الشركة في الربح تبتنى على الشركة
في المال على اصلهما على ما قررناه ولنا ان المقصود منه التحصيل وهو ممكن بالتوكيل لانه لما كان
وكيلا في النصف اصيلا في النصف تحققت الشركة في المال المستفاد ولا يشترط فيه اتحاد
العمل والمكان خلافا لمالك وزفر فيهما لان المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرنا لا يتفاوت
ولو شرطا العمل نصفين والمال اثلاثا جاز وفي القياس لا يجوز لان الضمان بقدر العمل
فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن فلم يجز العقد لتأديته اليه وصار كشركة الوجوه ولكنا نقول
ما يأخذه ليس بربح لان الربح عند اتحاد الجنس وقد اختلفا لان رأس المال عمل والربح مال
فكان بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فيتقدر بقدر ما قوم به فلا يحرم بخلاف شركة

الوجوه لان جنس المال متفق والربح يتحقق في الجنس المتفق وربح ما لم يضمن لا يجوز الا
في المضاربة قال وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه حتى ان كل واحد منهما
يطالب بالعمل ويطالب بالاجر ويبرأ الدافع بالدفع اليه وهذا ظاهر في المفاوضة وفي غيرها
استحسان والقياس خلافه لان الشركة وقعت مطلقة والكفالة مقتضى المفاوضة
وجه الاستحسان ان هذه الشركة مقتضية للضمان الا ترى ان ما يتقبله كل واحد منهما مضمون
على الآخر ولهذا يستحق الاجر بسبب نفاذ تقبله عليه فجرى مجرى المفاوضة في ضمان العمل
واقتضاء البدل واما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولا مال لهما على ان يشتريا
بوجوههما ويبيعا فتصح الشركة على هذا سميت به لانه لا يشتري بالنسيئة الا من له وجاهة
عند الناس وانما تصح مفاوضة لانه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في الابدال واذا اطلقت
تكون عنانا لان مطلقه ينصرف اليه وهي جائزة عندنا خلافا للشافعي والوجه من الجانبين
ما ذكرناه في شركة التقبل قال وكل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتريه لان التصرف
على الغير لا يجوز الا بوكالة او ولاية ولا ولاية فيتعين الاول فان شرطا ان المشترى
بينهما نصفان فالربح كذلك ولا يجوز ان يتفاضلا فيه وان شرطا ان يكون المشترى بينهما
اثلاثا فالربح كذلك وهذا لان الربح لا يستحق الا بالمال او بالعمل او بالضمان فرب المال
يستحقه بالمال والمضارب بالعمل والاستاذ الذي يلقي العمل على التلميذ بالنصف بالضمان
ولا يستحق بما سواها الا ترى ان من قال لغيره تصرف في مالك على ان لي ربحه لم يجز
لعدم هذه المعاني واستحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان على ما بينا والضمان
على قدر الملك في المشترى فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن فلا يصح اشتراطه
الا في المضاربة والوجوه ليست في معناها بخلاف العنان لانه في معناها من حيث
ان كل واحد يعمل في مال صاحبه فيلحق بها **فصل في الشركة الفاسدة** ولا تجوز
الشركة في الاحتطاب والاصطياد وما اصطاده كل واحد منهما او احتطبه فهو له
دون صاحبه وعلى هذا الاشتراك في اخذ كل شيء مباح لان الشركة متضمنة معنى الوكالة
والتوكيل في اخذ المباح باطل لان امر الموكل به غير صحيح والوكيل يملكه بدون امره
فلا يصلح نائبا عنه وانما يثبت الملك لهما بالاخذ واحراز المباح فان اخذاه معا
فهو بينهما نصفان لاستوائهما في سبب الاستحقاق وان اخذه احدهما ولم يعمل الآخر شيئا
فهو للعامل لوجود السبب منه وان عمل احدهما واعانه الآخر بان قلعه احدهما وجمعه
الآخر او قلعه وجمعه وحمله الآخر فللمعين اجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد وعند ابي يوسف

في عمله

لا يجاوز

لا يجاوز به نصف ثمن ذلك وقد عرف في موضعه قال وان اشتركا ولاحدهما بغل
وللآخر راوية يستقي عليهما الماء والكسب بينهما لم تصح الشركة والكسب كله للذي استقى
وعليه اجر مثل الراوية ان كان صاحب البغل وان كان صاحب الراوية فعليه اجر مثل البغل
اما فساد الشركة فلانعقادها على احراز المباح وهو الماء واما وجوب الاجر فلان
المباح اذا صار ملكا للمحرز وهو المستقي وقد استوفى منافع ملك الغير وهو البغل او الراوية
بعقد فاسد فيلزمه اجره وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر المال ويبطل شرط
التفاضل فيه لان الربح فيه تابع للمال فيتقدر بقدره كما ان الريع تابع للبذر في المزارعة
والزيادة انما تستحق بالتسمية وقد فسدت فبقي الاستحقاق على قدر راس المال قال
واذا مات احد الشريكين او ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة لانها تتضمن الوكالة
ولا بد منها لتتحقق الشركة على ما مر والوكالة تبطل بالموت وكذا بالالتحاق مرتدا اذا
قضى القاضي بلحاقه لانه بمنزلة الموت على ما بيناه من قبل ولا فرق بينهما اذا علم الشريك
بموت صاحبه او لم يعلم لانه عزل حكمي واذا بطلت الوكالة بطلت الشركة بخلاف ما اذا فسخ
احد الشريكين الشركة ومال الشركة دراهم او دنانير حيث يتوقف على علم الآخر لانه عزل
قصدي **فصل** وليس لاحد الشريكين ان يؤدي زكوة مال الآخر الا باذنه
لانه ليس من جنس التجارة فان اذن كل واحد منهما لصاحبه ان يؤدي زكوته فادى كل
واحد منهما فالثاني ضامن علم باداء الاول او لم يعلم وهذا عند ابي حنيفة وقالا
لا يضمن اذا لم يعلم وهذا اذا اديا على التعاقب اما اذا اديا معا ضمن
كل واحد منهما نصيب صاحبه وعلى هذا الاختلاف المأمور باداء الزكوة اذا تصدق على الفقير
بعدما ادى الآمر بنفسه لهما انه مأمور بالتمليك من الفقير وقد اتى به فلا يضمن للموكل
وهذا لان في وسعه التمليك لا وقوعه زكوة لتعلقه بنية الموكل وانما يطلب منه ما في
وسعه وصار كالمأمور بذبح دم الاحصار اذا ذبح بعدما زال الاحصار وحج الآمر
لم يضمن المأمور علم او لا ولابي حنيفة انه مأمور باداء الزكوة والمؤدى لم يقع
زكوة فصار مخالفا وهذا لان المقصود من الامر اخراج نفسه عن عهدة الواجب
لان الظاهر انه لا يلتزم الضرر الا لدفع الضرر وهذا المقصود حصل بادائه
وعري اداء المأمور عنه فصار معزولا علم او لم يعلم لانه عزل حكمي واما دم الاحصار
فقد قيل هو على هذا الاختلاف وقيل بينهما فرق ووجهه ان الدم ليس بواجب عليه
فانه يمكنه ان يصبر حتى يزول الاحصار وفي مسئلتنا الاداء واجب فاعتبر

الاسقاط مقصودا فيه دون دم الاحصار قال واذا اذن احد المتفاوضين لصاحبه
ان يشتري جارية فيطأها ففعل فهي له بغير شيء في قول ابي حنيفة وقالا يرجع عليه بنصف
الثمن لانه ادى دينا عليه خاصة من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شراء
الطعام والكسوة وهذا لان الملك واقع له خاصة والثمن بمقابلة الملك وله ان الجارية
دخلت في الشركة على البتات جريا على مقتضى الشركة اذ هما لا يملكان تغييره فاشبه
حال عدم الاذن غير ان الاذن يتضمن هبة نصيبه منه لان الوطء لا يحل الا بالملك
ولا وجه الى اثباته بالبيع لما بينا انه يخالف مقتضى الشركة فاثبتناه بالهبة الثابتة
في ضمن الاذن بخلاف الطعام والكسوة لان ذلك مستثنى عنها للضرورة فيقع الملك له
خاصة بنفس العقد فكان مؤديا دينا عليه من مال الشركة وفي مسئلتنا قضى دينا عليهما
لما بينا وللبائع ان ياخذ بالثمن ايهما شاء بالاتفاق لانه دين وجب بسبب التجارة
والمفاوضة تضمنت الكفالة فصار كالطعام والكسوة

كتاب الوقف

قال ابو حنيفة لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته فيقول
اذا مت فقد وقفت داري على كذا وقال ابو يوسف يزول الملك بمجرد القول وقال محمد
لا يزول حتى يجعل للوقف وليا ويسلمه اليه قال رض الوقف لغة هو الحبس يقول وقفت
الدابة واوقفتها بمعنى وهو في الشرع عند ابي حنيفة حبس العين على ملك الواقف و
التصدق بالمنفعة بمنزلة العارية ثم قيل المنفعة معدومة والتصدق بالمعدوم لا يصح
فلا يجوز الوقف اصلا عنده وهو الملفوظ في الاصل والاصح انه جائز عنده الا انه غير لازم
بمنزلة العارية وعندهما حبس العين على حكم ملك الله فيزول ملك الواقف عنه الى الله تعالى
على وجه يعود منفعته الى العباد فيلزم ولا يباع ولا يوهب ولا يورث واللفظ ينتظمهما
والترجيح بالدليل لهما قوله عليه السلام لعمر رضي الله تعالى عنه حين اراد ان يتصدق بارض له
تدعى ثمغ تصدق باصلها لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولان الحاجة ماسة الى ان يلزم
الوقف منه ليصل ثوابه اليه على الدوام وقد امكن دفع حاجته باسقاط الملك وجعله
لله تعالى اذ له نظير في الشرع وهو المسجد فيجعل كذلك ولابي حنيفة قوله عليه السلام لا حبس
عن فرائض الله وعن شريح رض جاء محمد عليه السلام ببيع الحبيس ولان الملك باق فيه
بدليل انه يجوز الانتفاع به زراعة وسكنى وغير ذلك والملك فيه للواقف الا ترى
ان له ولاية التصرف فيه بصرف غلاته الى مصارفها ونصب القوام فيها الا انه
تصدق بمنافعه فصار شبيه العارية ولانه يحتاج الى التصدق بالغلة دائما ولا

الاصل م

وثمغ مكان ارض لعمر رضي الله عنه وقيل مال له ... كذا في المغرب

تصدق عنه الا بالبقاء على ملكه ولانه لا يمكن ان يزول ملكه لا الى مالك لانه غير
مشروع مع بقائه كالسائبة بخلاف الاعتاق لانه اتلاف وبخلاف المسجد لانه جعله
خالصا لله تعالى قال في الكتاب لا يزول ملك الواقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه
بموته وهذا في حكم الحاكم صحيح لانه قضاء في المجتهد فيه اما في تعليقه بالموت فالصحيح
انه لا يزول ملكه الا انه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا
فيلزم والمراد بالحاكم المولى فاما المحكم ففيه اختلاف المشايخ ولو وقف في مرض
موته قال الطحاوي هو بمنزلة الوصية بعد الموت والصحيح انه لا يلزم عند ابي حنيفة
وعندهما يلزم الا انه يعتبر من الثلث والوقف في الصحة من جميع المال واذا كان
الملك يزول عندهما يزول بالقول عند ابي يوسف وهو قول الشافعي بمنزلة الاعتاق
لانه اسقاط الملك وعند محمد لا بد من التسليم الى المتولي لان حق الله تعالى انما يثبت
فيه في ضمن التسليم الى العبد لان التمليك من الله تعالى وهو مالك الاشياء لا يتحقق
مقصودا وقد يكون تبعا لغيره فاخذ حكمه فينزل منزلة الزكوة والصدقة واذا
صح الوقف على اختلافهم وفي بعض النسخ واذا استحق مكان قوله صح خرج من ملك
الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه لانه لو دخل في ملك الموقوف عليه لا يتوقف
عليه بل ينفذ بيعه كسائر املاكه ولانه لو ملكه لما انتقل عنه بشرط المالك الاول
كسائر املاكه قال رض وقوله خرج عن ملك الواقف يجب ان يكون قولهما على الوجه
الذي سبق تقريره قال ووقف المشاع جائز عند ابي يوسف لان القسمة من تمام
القبض والقبض عنده ليس بشرط فكذا تتمته وقال محمد لا يجوز لان اصل القبض
شرط عنده فكذا ما يتم به وهذا فيما يحتمل القسمة فاما فيما لا يحتمل القسمة فيجوز
مع الشيوع عند محمد ايضا لانه يعتبره بالهبة والصدقة المنفذة الا في المسجد و
المقبرة فانه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة ايضا عند ابي يوسف لان بقاء
الشركة يمنع الخلوص لله تعالى ولان المهاياة فيهما في غاية القبح بان يقبر فيه الموتى
سنة ويزرع سنة ويصلى فيه في وقت ويتخذ اصطبلا في وقت بخلاف الوقف
لامكان الاستغلال وقسمة الغلة ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه بطل في الباقي
عند محمد لان الشيوع مقارن كما في الهبة بخلاف ما اذا رجع الواهب في البعض او رجع
الوارث في الثلثين بعد موت المريض وقد وهب او وقف في مرضه وفي المال
ضيق لان الشيوع في ذلك طارئ ولو استحق جزء مميز بعينه لم يبطل في الباقي لعدم

السبع ولهذا جاز في الابتداء وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة قال ولا يتم الوقف
عند ابي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع ابدا وقال ابو يوسف اذا سمى فيه جهة
تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم لهما ان موجب الوقف زوال الملك بدون
التمليك وانه يتابد كالعتق فاذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه
فلهذا كان التوقيت مبطلا له كالتوقيت في البيع ولابي يوسف ان المقصود هو التقرب
الى الله تعالى وهو موفر عليه لان التقرب تارة يكون في الصرف الى جهة تنقطع ومرة بالصرف
الى جهة تتابد فيصح في الوجهين وقيل ان التابيد شرط بالاجماع الا ان عند ابي يوسف
لا يشترط ذكر التابيد لان لفظ الوقف والصدقة منبئة عنه لما بينا انه ازالة الملك بدون
التمليك كالعتق ولهذا قال في الكتاب في بيان قوله وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم وهذا
هو الصحيح وعند محمد ذكر التابيد شرط لان هذا صدقة بالمنفعة او بالغلة وذلك قد يكون
موقتا وقد يكون مؤبدا فمطلقه لا ينصرف الى التابيد فلا بد من التنصيص قال ويجوز وقف
العقار لان جماعة من الصحابة رضي الله عنهم وقفوه ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول قال رض
وهذا على الارسال قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف اذا وقف ضيعة ببقرها واكرتها
وهم عبيده جاز وكذا سائر آلات الحراثة لانه تبع للارض في تحصيل ما هو المقصود وقد يثبت
من الحكم تبعا ما لا يثبت مقصودا كالشرب في البيع والبناء في الوقف ومحمد معه فيه لانه
لما جاز افراد بعض المنقول بالوقف عنده فلان يجوز الوقف فيه تبعا اولى وقال محمد
يجوز حبس الكراع والسلاح معناه وقفه في سبيل الله وابو يوسف معه فيه على ما قالوا وهو
استحسان والقياس ان لا يجوز لما بينا من قبل وجه الاستحسان الآثار المشهورة فيه منها قوله عليه السلام
واما خالد فقد حبس ادراعه وافراسا في سبيل الله وطلحة رضي الله عنه حبس دروعه في
سبيل الله ويروى اكراعه والكراع الخيل ويدخل في حكمه الابل لان العرب يجاهدون عليها
وكذا السلاح يحمل عليها وعن محمد انه يجوز وقف ما فيه تعامل من المنقولات كالفاس
والمر والقدوم والمنشار والجنازة وثيابها والقدور والمراجل والمصاحف وعند
ابي يوسف لا يجوز لان القياس انما يترك بالنص والنص ورد في الكراع والسلاح فيقتصر عليه
ومحمد يقول القياس قد يترك بالتعامل كما في الاستصناع وقد وجد التعامل في هذه الاشياء
وعن نصير بن يحيى انه وقف كتبه الحاقا لها بالمصحف وهذا صحيح لان كل واحد يمسك للدين
تعليما وتعلما وقراءة واكثر فقهاء الامصار على قول محمد وما لا تعامل فيه لا يجوز
وقفه عندنا وقال الشافعي كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء اصله ويجوز بيعه يجوز وقفه

لانه

لانه يمكن الانتفاع به فاشبه العقار والكراع والسلاح ولنا ان الوقف فيه لا يتابد ولا بد
منه على ما بيناه فصار كالدراهم والدنانير بخلاف العقار ولا معارض من حيث السمع ولا
من حيث التعامل فبقي على اصل القياس وهذا لان العقار يتابد والجهاد سنام الدين
فكان معنى القربة فيهما اقوى فلا يكون غيرهما في معناهما قال واذا صح الوقف لم يجز
بيعه ولا تمليكه الا ان يكون مشاعا عند ابي يوسف فيطلب الشريك القسمة فيصح مقاسمته
اما امتناع التمليك فلما بينا واما جواز القسمة فلانها تمييز وافراز غاية الامر ان الغالب
في غير المكيل والموزون معنى المبادلة الا ان في الوقف جعلنا الغالب معنى الافراز
نظرا للوقف فلم يكن بيعا وتمليكا ثم ان وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم
شريكه لان الولاية الى الواقف وبعد الموت الى وصيه وان وقف نصف عقار خالص له
فالذي يقاسمه القاضي او يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسمه المشتري ثم يشتري ذلك منه
لان الواحد لا يجوز ان يكون مقاسما ومقاسما ولو كان في القسمة فضل دراهم ان اعطى
الواقف لا يجوز لامتناع بيع الوقف وان اعطى جاز ويكون بقدر الدراهم شراء
قال والواجب ان يبتدأ من ارتفاع الوقف بعمارته شرط الواقف ذلك او لم يشترط لان قصد
الواقف صرف الغلة مؤبدا ولا يبقى دائمة الا بالعمارة فيثبت شرط العمارة اقتضاء
ولان الخراج بالضمان وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فانها على الموصى له ثم ان كان
الوقف على الفقراء لا يظفر بهم واقرب اموالهم هذه الغلة فتجب فيها وان كان الوقف
على رجل بعينه وآخره للفقراء فهو في ماله اي مال شاء في حال حياته ولا يؤخذ من
الغلة لانه معين يمكن مطالبته وانما يستحق العمارة عليه بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة
التي وقفه وان خرب يبنى على ذلك الوصف لانها بصفتها صارت غلتها مصروفة
الى الموقوف عليه فاما الزيادة على ذلك فليست بمستحقة له والغلة مستحقة له فلا يجوز
صرفه الى شيء آخر الا برضاه ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض وعند
الآخرين يجوز ذلك والاول اصح لان الصرف الى العمارة ضرورة ابقاء الوقف
ولا ضرورة في الزيادة قال فان وقف دارا على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى
لان الخراج بالضمان على ما مر وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فان امتنع من ذلك او كان
فقيرا آجرها الحاكم وعمرها باجرتها واذا عمرها ردها الى من له السكنى لان في ذلك
رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى لانه لو لم يعمرها تفوت السكنى اصلا والاول
اولى ولا يجبر الممتنع على العمارة لما فيه من اتلاف ماله فاشبه امتناع صاحب البذر في المزارعة

ولا يكون امتناعه رضى منه ببطلان حقه لانه في حيز التردد ولا يصح اجارته من له
لانه غير مالك قال وما انهدم من بناء الوقف وآلته صرفه الحاكم في عمارة الوقف
ان احتاج وان استغنى عنه امسكه حتى يحتاج الى عمارته فيصرفه فيها لانه لا بد من العمارة
ليبقى على التأبيد فيحصل مقصود الواقف فان مست الحاجة اليه في الحال صرفها فيها
والا امسكها حتى لا يتعذر عليه ذلك اوان الحاجة فيبطل المقصود وان تعذر اعادة
عينه الى موضعه بيع وصرف ثمنه الى المرمة صرفا للبدل الى مصرف المبدل ولا يجوز
ان يقسمه يعني النقض بين مستحقي الوقف لانه جزء من العين ولا حق للموقوف عليهم فيه
انما حقهم في المنافع والعين حق الله فلا يصرف اليهم غير حقهم واذا جعل الواقف غلة
الوقف لنفسه او جعل الولاية اليه جاز عند ابي يوسف قال رضه ذكر فصلين شرط
الغلة لنفسه وجعل الولاية اليه اما الاول فهو جائز عند ابي يوسف ولا يجوز على قياس قول
محمد وهو قول هلال الرأي وبه قال الشافعي وقيل ان الاختلاف بينهما بناء على الاختلاف
في اشتراط القبض والافراز وقيل هي مسئلة مبتدأة والخلاف فيما اذا شرط البعض
لنفسه في حيوته وبعد موته للفقراء وفيما اذا شرط الكل لنفسه في حيوته وبعد موته للفقراء
سواء ولو وقف وشرط البعض او الكل لامهات اولاده ومدبريه ما داموا احياء
فاذا ماتوا فهو للفقراء والمساكين فقد قيل يجوز بالاتفاق وقيل هو على الخلاف ايضا وهو
الصحيح لان اشتراطه لهم في حيوته كاشتراطه لنفسه والخلاف فيما اذا شرط الكل لنفسه
وجه قول محمد ان الوقف تبرع على وجه التمليك بالطريق الذي قدمناه فاشتراط البعض
او الكل لنفسه يبطله لان التمليك من نفسه لا يتحقق فصار كما في الصدقة المنفذة وشرط
بعض بقعة المسجد لنفسه ولابي يوسف ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يأكل
من صدقته والمراد منها صدقته الموقوفة ولا يحل الاكل منها الا بالشرط فدل على صحته
ولان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى على وجه القربة على ما بيناه فاذا شرط البعض
او الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكا لله تعالى لنفسه لا ان يجعل ملك نفسه لنفسه وهذا
جائز كما اذا بنى خانا او سقاية او جعل ارضه مقبرة وشرط ان ينزله او يشرب منه او
يدفن فيه ولان مقصوده القربة وفي الصرف الى نفسه ذلك قال عليه السلام نفقة الرجل
على نفسه صدقة ولو شرط الواقف ان يستبدل به ارضا اخرى اذا شاء ذلك فهو جائز
عند ابي يوسف وعند محمد الوقف جائز والشرط باطل ولو شرط الخيار لنفسه في الوقف
ثلثة ايام جاز الوقف والشرط عند ابي يوسف وعند محمد الوقف باطل وهذا بناء على ما ذكرنا

رضا ظ

ف

لعن

منها ظ

فيها ظ

واما فصل الولاية فقد نص فيه على قول ابي يوسف وهو قول هلال ايضا وهو ظاهر المذهب
وذكر هلال في وقفه وقال اقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وان
لم يشترط لم يكن له قال ... يشبه ان يكون هذا قول محمد لان من اصله ان التسليم
الى القيم شرط لصحة الوقف فاذا سلم لم يبق له ولاية فيه ولنا ان المتولي انما يستفيد
الولاية من جهته بشرطه فيستحيل ان لا يكون له الولاية وغيره يستفيد الولاية منه ولانه
اقرب الناس الى هذا الوقف فيكون اولى بولايته كمن اتخذ مسجدا يكون اولى بعمارته ونصب
المؤذن فيه وكمن اعتق عبدا كان الولاء له لانه اقرب الناس اليه ولو ان الواقف شرط
الولاية لنفسه وكان الواقف غير مأمون على الوقف فللقاضي ان ينزعها من يده
نظرا للفقراء كما له ان يخرج الوصي نظرا للصغار وكذا اذا شرط ان ليس للسلطان
ولا للقاضي ان يخرجها من يده ويوليها غيره لانه شرط مخالف لحكم الشرع والله اعلم

فصل واذا بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه ويأذن
للناس بالصلوة فيه فاذا صلى فيه واحد زال عند ابي حنيفة عن ملكه اما الافراز
فلانه لا يخلص لله تعالى الا به واما الصلوة فيه فلانه لا بد من التسليم عند ابي حنيفة ومحمد
ويشترط تسليم نوعه وذلك في المسجد بالصلوة فيه او لانه لما تعذر القبض يقام تحقق
المقصود مقامه ثم يكتفى بصلوة الواحد فيه في رواية عن ابي حنيفة وكذا عن محمد لان
فعل الجنس يتعذر فيشترط ادناه وعن محمد انه يشترط الصلوة بالجماعة لان المسجد يبنى
لذلك في الغالب وقال ابو يوسف يزول ملكه عنه بقوله جعلته مسجدا لان التسليم عنده ليس
بشرط لانه اسقاط لملك العبد فيصير خالصا لله تعالى بسقوط حق العبد وصار كالاعتاق
وقد بيناه من قبل قال ومن جعل مسجدا تحته سرداب او فوقه بيت وجعل باب المسجد الى
الطريق وعزله فله ان يبيعه وان مات يورث عنه لانه لم يخلص لله تعالى لبقاء حق العبد
متعلقا به ولو كان السرداب لمصالح المسجد جاز كما في مسجد بيت المقدس وروى
الحسن عنه انه قال اذا جعل السفل مسجدا وعلى ظهره مسكن فهو مسجد لان المسجد مما يتأبد
وذلك يتحقق في السفل دون العلو وعن محمد على عكس هذا لان المسجد معظم واذا
كان فوقه مسكن او مستغل يتعذر تعظيمه وعن ابي يوسف انه جوز في الوجهين حين
قدم بغداد ورأى ضيق المنازل فكأنه اعتبر الضرورة وعن محمد انه حين دخل الري
اجاز ذلك كله لما قلنا قال وكذلك اذا اتخذ وسط داره مسجدا واذن للناس بالدخول
فيه يعني له ان يبيعه ويورث عنه لان المسجد ما لا يكون لاحد فيه حق المنع واذا كان

ولاية م

ولايته

فبطل م

ملكه محيطا بجوانبه كان له حق المنع فلم يصر مسجدا ولانه ابقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى
وعن محمد انه لا يباع ولا يورث ولا يوهب اعتبره مسجدا وهكذا عن ابي يوسف انه يصير مسجدا لانه
لما رضي بكونه مسجدا ولا يصير مسجدا الا بالطريق دخل فيه الطريق وصار مستحقا كما يدخل في
الاجارة من غير ذكر قال ومن اتخذ ارضه مسجدا لم يكن له ان يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه
لانه تجرد عن حق العباد وصار خالصا لله تعالى وهذا لان الاشياء كلها لله تعالى واذا
اسقط العبد ما ثبت له من الحق رجع الى اصله فانقطع تصرفه عنه كما في الاعتاق ولو خرب
ما حول المسجد واستغني عنه يبقى مسجدا عند ابي يوسف لانه اسقاط منه فلا يعود الى ملكه وعند
محمد يعود الى ملك الباني او الى وارثه بعد موته لانه عينه لنوع قربة وقد انقطعت
فصار كحصير المسجد وحشيشه اذا استغني عنه الا ان ابا يوسف يقول في الحصير والحشيش انه ينقل
الى مسجد آخر قال ومن بنى سقاية للمسلمين او خانا يسكنه بنو السبيل او رباطا او جعل
ارضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند ابي حنيفة لانه لم ينقطع عن حق العبد
الا يرى ان له ان ينتفع به فيسكن في الخان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في
المقبرة فيشترط حكم الحاكم او الاضافة الى ما بعد الموت كما في الوقف على الفقراء بخلاف
المسجد لانه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله تعالى من غير حكم الحاكم وعند ابي يوسف يزول ملكه
بالقول كما هو اصله اذ التسليم عنده ليس بشرط والوقف لازم وعند محمد اذا استقى الناس من
السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا في المقبرة زال الملك لان التسليم عنده شرط والشرط
تسليم نوعه وذلك بما ذكرناه ويكتفى بالواحد لتعذر فعل الجنس كله وعلى هذا البئر والحوض
ولو سلم الى المتولي صح التسليم في هذه الوجوه لانه نائب عن الموقوف عليه وفعل النائب
كفعل المنوب عنه واما في المسجد فقد قيل لا يكون تسليما لانه لا تدبير للمتولي فيه وقيل يكون
تسليما لانه يحتاج الى من يكنسه ويغلق بابه فاذا سلم اليه صح التسليم والمقبرة في هذا بمنزلة المسجد
على ما قيل لانه لا متولي له عرفا وقيل هي بمنزلة السقاية والخان فيصح التسليم الى المتولي
لانه لو نصب المتولي يصح وان كان بخلاف العادة ولو جعل دارا له بمكة سكنى لحاج بيت الله
والمعتمرين او جعل داره في غير مكة سكنى للمساكين او جعلها في ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين
او جعل غلة ارضه للغزاة في سبيل الله تعالى ودفع ذلك الى وال يقوم عليه فهو جائز ولا
رجوع فيه لما بينا الا ان في الغلة تحل للفقراء دون الاغنياء وفيما سواه من
سكنى الخان والاستقاء من البئر والسقاية وغير ذلك يستوي فيه الفقير والغني والفارق
هو العرف في الفصلين فان اهل العرف يريدون بذلك في الغلة الفقراء وفي غيرها التسوية

بينهم وبين الاغنياء ولان الحاجة تشمل الغني والفقير في الشرب والنزول والغني لا يحتاج الى
صرف هذه الغلة لغناه والله اعلم بالصواب

كتاب البيوع

قال البيع ينعقد بالايجاب
والقبول اذا كانا بلفظ الماضي مثل ان يقول احدهما بعت والآخر اشتريت لان البيع
انشاء تصرف والانشاء يعرف بالشرع والموضوع للاخبار قد استعمل فيه فينعقد
ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل بخلاف النكاح وقد مر الفرق هناك
وقوله رضيت او اعطيتك بكذا او خذه بكذا في معنى قوله بعت واشتريت لانه
يؤدي معناه والمعنى هو المعتبر في هذه العقود ولهذا ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس
هو الصحيح لتحقق المراضاة قال واذا اوجب احد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار ان شاء
قبل في المجلس وان شاء رد وهذا خيار القبول لانه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم العقد
من غير رضاه واذا لم يفد الحكم بدون قبول الآخر فللموجب ان يرجع لخلوه عن ابطال
حق الغير وانما يمتد الى آخر المجلس لان المجلس جامع للمتفرقات فاعتبرت ساعاته
ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتبر
مجلس بلوغ الكتاب واداء الرسالة وليس له ان يقبل في بعض المبيع ولا ان يقبل المشتري
ببعض الثمن لعدم رضاء الآخر بتفرق الصفقة الا اذا بين ثمن كل واحد لانه صفقات
معنى قال وايهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب لان القيام دليل الاعراض
والرجوع وله ذلك على ما ذكرنا واذا حصل الايجاب والقبول لزم البيع ولا خيار
لواحد منهما الا من عيب او عدم رؤية وقال الشافعي يثبت لكل واحد منهما خيار المجلس لقوله
عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا ولنا ان في الفسخ ابطال حق الآخر فلا يجوز
والحديث محمول على خيار القبول وفيه اشارة اليه فانهما متبايعان حالة المباشرة
لا بعدها او يحتمله فيحمل عليه والتفرق فيه تفرق الاقوال والاعواض المشار اليها لا يحتاج الى
معرفة مقدارها في جواز البيع لان بالاشارة كفاية في التعريف وجهالة الوصف فيه
لا تفضي الى المنازعة قال والاثمان المطلقة لا تصح الا ان تكون معروفة القدر والصفة
لان التسليم والتسلم واجب بالعقد وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم وكل جهالة هذه
صفتها تمنع الجواز هذا هو الاصل قال ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل اذا كان الاجل
معلوما لاطلاق قوله تعالى واحل الله البيع وعنه عليه السلام انه اشترى من يهودي طعاما
الى اجل ورهنه درعه ولا بد ان يكون الاجل معلوما لان الجهالة فيه مانعة من التسليم
الواجب بالعقد فهذا يطالبه به في قريب المدة وهذا يسلمه في بعيدها قال ومن اطلق الثمن

في البيع كان على غالب نقد البلد لأنه المتعارف وفيه التحري للجواز فيصرف إليه فإن كانت
النقود مختلفة فالبيع فاسد إلا أن يبين أحدها وهذا إذا كان الكل في الرواج سواء
لأن الجهالة مفضية إلى المنازعة إلا أن ترتفع الجهالة بالبيان أو يكون أحدها أغلب
وأروج فيصرف إليه تحريا للجواز وهذا إذا كانت مختلفة في المالية فإن كانت سواء
فيها كالثنائي والثلاثي والنصرتي اليوم بسمرقند والاختلاف بين العدالي بفرغانة
جاز البيع إذا أطلق اسم الدرهم كذا قالوا وينصرف إلى ما قدر به من أي نوع كان لأنه
لا منازعة ولا اختلاف في المالية قال ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة ومجازفة
وهذا إذا باعه بخلاف جنسه لقوله عليه السلام إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بخلاف
ما إذا باعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا ولأن الجهالة غير مانعة من التسليم
فشابه جهالة القيمة قال ويجوز بإناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف
مقداره لأن الجهالة لا تفضي إلى المنازعة لما أنه يتعجل فيه التسليم فيندر هلاكه قبله
بخلاف السلم لأن التسليم فيه متأخر والهلاك ليس بنادر قبله فتتحقق المنازعة وعن أبي حنيفة
أنه لا يجوز في البيع أيضا والأول أصح وأظهر ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم
جاز البيع في قفيز واحد عند أبي حنيفة إلا أن يسمي جميع قفزانها وقالا يجوز في الوجهين
لأبي حنيفة أنه تعذر الصرف إلى الكل لجهالة المبيع والثمن فيصرف إلى الأقل وهو معلوم
إلا أن تزول الجهالة بتسمية جميع القفزان أو بالكيل في المجلس ولهما أن الجهالة بيدهما
إزالتها ومثلها غير مانع كما إذا باع عبدا من عبدين على أن المشتري بالخيار ثم إذا
جاز في قفيز واحد عند أبي حنيفة فللمشتري الخيار لتفرق الصفقة عليه وكذا إذا
كيل في المجلس أو سمى جملة قفزانها لأنه علم ذلك الآن فله الخيار كما إذا رآه ولم يكن
رآه وقت البيع ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع في جميعها عند أبي حنيفة
وكذلك من باع ثوبا مذارعة كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذرعان وكذا كل
معدود متفاوت وعندهما يجوز في الكل لما قلنا وعنده ينصرف إلى الواحد لما بينا
غير أن بيع شاة من قطيع وذراع من ثوب لا يجوز للتفاوت وبيع قفيز من صبرة
يجوز لعدم التفاوت فلا تفضي الجهالة إلى المنازعة فيه وتفضي إليها في الأول فوضح
الفرق ومن ابتاع صبرة على أنها مائة قفيز بمائة درهم فوجدها أقل كان المشتري بالخيار
إن شاء أخذ الموجود بحصته وإن شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه فلم يتم رضاه بالموجود
وإن وجدها أكثر فالزيادة للبائع لأن البيع وقع على مقدار معين والقدر ليس بوصف

ومن اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع بعشرة أو أرضا على أنها مائة ذراع بمائة فوجدها أقل
فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها بجملة الثمن وإن شاء ترك لأن الذرع وصف في الثوب
ألا ترى أنه عبارة عن الطول والعرض والوصف لا يقابله شيء من الثمن كأطراف الحيوان
فلهذا يأخذه بكل الثمن بخلاف الفصل الأول لأن المقدار يقابله الثمن فلهذا يأخذه
بحصته إلا أنه يتخير لفوات الوصف المذكور لتغير المعقود عليه فيختل الرضا وإن وجدها
أكثر من الذرع الذي سماه فهو للمشتري ولا خيار للبائع لأنه صفة فكان بمنزلة ما
إذا باعه معيبا فإذا هو سليم ولو قال بعتكها على أنها مائة ذراع بمائة كل ذراع بدرهم
فوجدها ناقصة فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها بحصتها من الثمن وإن شاء ترك
لأن الوصف وإن كان تابعا لكنه صار أصلا بإفراده بذكر الثمن فنزل كل ذراع منزلة
ثوب وهذا لأنه لو أخذه بكل الثمن لم يكن آخذا كل ذراع بدرهم فإن وجدها زائدة
فهو بالخيار إن شاء أخذ الجميع كل ذراع بدرهم وإن شاء فسخ البيع لأنه إن حصل له
الزيادة في الذرع يلزمه زيادة الثمن فكان نفعا يشوبه ضرر فيتخير وإنما يلزمه
الزيادة لما بينا أنه صار أصلا ولو أخذه بالأقل لم يكن آخذا بالمشروط ومن اشترى
عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام فالبيع فاسد عند أبي حنيفة وقالا هو جائز وإن
اشترى عشرة أسهم من مائة سهم جاز في قولهم جميعا لهما أن عشرة أذرع من مائة ذراع عشر
الدار فأشبه عشرة أسهم وله أن الذراع اسم لما يذرع به واستعير لما يحله الذراع وهو المعين
دون المشاع وذلك غير معلوم بخلاف السهم ولا فرق عند أبي حنيفة بين ما إذا علم جملة الذرعان
أو لم يعلم هو الصحيح خلافا لما يقوله الخصاف لبقاء الجهالة ولو اشترى عدلا على أنه
عشرة أثواب فإذا هو تسعة أو أحد عشر فسد البيع لجهالة المبيع والثمن ولو بين لكل ثوب
ثمنا جاز في فصل النقصان بقدره وله الخيار ولم يجز في الزيادة لجهالة العشرة المبيعة
وقيل عند أبي حنيفة لا يجوز في فصل النقصان أيضا وليس بصحيح بخلاف ما إذا اشترى
ثوبين على أنهما هرويان فإذا أحدهما مروي حيث لا يجوز فيهما وإن بين ثمن كل واحد
منهما لأنه جعل القبول في المروي شرطا لصحة العقد في الهروي وهو شرط فاسد ولا
قبول يشترط في المعدوم فافترقا ولو اشترى ثوبا واحدا على أنه عشرة أذرع كل
ذراع بدرهم فإذا هو عشرة ونصف أو تسعة ونصف قال أبو حنيفة رحمه الله في الوجه الأول
يأخذه بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني يأخذه بتسعة إن شاء وقال أبو يوسف في الوجه
الأول يأخذه بأحد عشر إن شاء وفي الثاني بعشرة إن شاء وقال محمد في الوجه الأول

بأخذ بعشرة ونصف إن شاء وفي الثاني بتسعة ونصف ويتخير لأن من ضرورة مقابلة الذراع
بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجري عليه حكمهما. وقال أبو يوسف أنه لما أفرد كل ذراع ببدل
نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد انتقص. وقال أبو حنيفة أن الذراع وصف في الأصل
وإنما أخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم إلى الأصل
وقيل في الكرباس الذي لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط لأنه
بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل وعلى هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه

فصل

ومن باع دارا دخل بناؤها في البيع وإن لم يسمه لأن اسم الدار يتناول العرصة والبناء
في العرف ولأنه متصل به اتصال قرار فيكون تبعا له. ومن باع أرضا دخل ما فيها
من النخل والشجر وإن لم يسمه لأنه متصل بها للقرار فأشبه البناء. ولا يدخل الزرع في
بيع الأرض إلا بالتسمية لأنه متصل بها للفصل فشابه المتاع الذي فيه. ومن باع
نخلا أو شجرا فيه ثمر فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع لقوله عليه السلام من اشترى أرضا
فيها نخل فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع ولأن الاتصال وإن كان خلقة فهو
للقطع لا للبقاء فصار كالزرع ويقال للبائع اقطعها وسلم المبيع وكذا إذا كان
فيها زرع لأن ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما إذا كان
فيه متاع. وقال الشافعي يترك حتى يترك الثمر ويستحصد الزرع لأن الواجب إنما هو
التسليم المعتاد وفي العادة أن لا يقطع فصار كما إذا انقضت مدة الإجارة وفي
الأرض زرع. قلنا هناك التسليم واجب أيضا حتى يترك بأجر وتسليم العوض كتسليم
المعوض ولا فرق بين ما إذا كان الثمر بحال له قيمة أو لم يكن في الصحيح ويكون في الحالين
للبائع لأن بيعه يجوز في أصح الروايتين على ما نبين فلا يدخل في الشجر من غير ذكر وأما
إذا بيعت الأرض وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت بعد لم يدخل فيه لأنه مودع فيه
كالمتاع ولو نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيه وقيل يدخل وكأن هذا بناء
على الاختلاف في جواز بيعه قبل أن تناله المشافر والمناجل ولا يدخل الزرع
والثمر بذكر الحقوق والمرافق لأنهما ليسا منهما ولو قال بكل قليل وكثير هو له فيها
ومنها من حقوقها أو من مرافقها دخلا فيه وأما الثمر المجذوذ والزرع المحصود
لا يدخل إلا بالتصريح به لأنه بمنزلة المتاع. ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها أو قد بدا
جاز البيع لأنه مال متقوم إما لكونه منتفعا به في الحال أو في الثاني وقد قيل لا يجوز
قبل أن يبدو صلاحها والأول أصح وعلى المشتري قطعها في الحال تفريغا لملك البائع

يظهر صلوح م
بيع م
قال م
والزرع المحصود كالمتاع لا يدخل إلا بالتصريح به

وهذا إذا اشتراها مطلقا أو بشرط القطع وإن شرط تركها على النخيل فسد البيع لأنه شرط
لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير أو صفقة في صفقة وهو إعارة أو إجارة في بيع و
كذا بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا وكذا إذا تناهى عظمها عند أبي حنيفة وأبي يوسف لما
قلنا واستحسنه محمد للعادة بخلاف ما إذا لم يتناه عظمها لأنه شرط فيه الجزء المعدوم وهو
الذي يزيد لمعنى من الأرض والشجر ولو اشتراها مطلقا وتركها بإذن البائع طاب له
الفضل وإن تركها بغير إذنه تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة وإن تركها
بعد ما تناهى لم يتصدق بشيء لأن هذا تغير حالة لا تحقق زيادة وإن اشتراها مطلقا
وتركها على النخيل وقد استأجر النخيل إلى وقت الإدراك طاب له الفضل لأن الإجارة
باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقي الإذن معتبرا بخلاف ما إذا اشترى الزرع و
استأجر الأرض إلى أن يدرك وتركه حيث لا يطيب له الفضل لأن الإجارة فاسدة
للجهالة فأورثت خبثا ولو اشتراها مطلقا فأثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع
لأنه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز ولو أثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط
والقول قول المشتري في مقداره لأنه في يده وكذا في الباذنجان والبطيخ والمخلص أن يشتري
الأصول لتحصل الزيادة على ملكه. قال ولا يجوز أن يبيع ثمرة ويستثني منها أرطالا معلومة
خلافا لمالك لأن الباقي بعد الاستثناء مجهول بخلاف ما إذا استثنى نخلا معينا لأن الباقي
معلوم بالمشاهدة. قال رضي الله عنه قالوا هذا رواية الحسن وهو قول الطحاوي أما على ظاهر الرواية
ينبغي أن يجوز لأن الأصل أن ما يجوز إيراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من
العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه بخلاف استثناء الحمل وأطراف الحيوان
لأنه لا يجوز بيعه فكذا استثناؤه. ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلاء في قشره و
كذا الأرز والسمسم. وقال الشافعي لا يجوز بيع الباقلاء الأخضر وكذا الجوز واللوز والفستق
في قشره الأول عنده وله في بيع السنبلة قولان وعندنا يجوز ذلك كله وله أن المعقود
عليه مستور بما لا منفعة له فيه فأشبه تراب الصاغة إذا بيع بجنسه ولنا ما روي
عن النبي عليه السلام أنه نهى عن بيع النخل حتى يزهى وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن
العاهة ولأنه حب منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير والجامع كونه مالا متقوما
بخلاف تراب الصاغة لأنه إنما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربا حتى لو باعه بخلاف جنسه
جاز وفي مسألتنا لو باعه بجنسه لا يجوز أيضا لشبهة الربا لأنه لا يدري قدر ما في
السنابل ومن باع دارا دخل في البيع مفاتيح أغلاقها لأنه يدخل فيه الأغلاق

قلنا م
الفضل م
لأنه م
الجوز م

لانه مركب فيها للبقاء والمفتاح يدخل في بيع الغلق من غير تسمية لانه بمنزلة بعض منه
اذ لا ينتفع به بدونه ق واجرة الكيال وناقد الثمن على البائع اما الكيل فلا بد منه للتسليم
وهو على البائع ومعنى هذا اذا بيع مكايلة وكذا اجرة العداد والوزان والذراع
واما النقد فالمذكور رواية ابن رستم عن محمد لان النقد يكون بعد التسليم الا ترى انه
بعد الوزن والبائع هو المحتاج اليه ليميز ما تعلق به حقه من غيره او ليعرف المعيب ليرد
وفي رواية ابن سماعة عنه على المشتري لانه يحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف
بالنقد كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه ق واجرة وزان الثمن على المشتري لما بينا انه
هو المحتاج الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم ق ومن باع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع
الثمن اولا لان حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض
لما انه لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة ق ومن باع سلعة بسلعة او ثمنا بثمن قيل لهما
سلما معا لاستوائهما في التعيين فلا حاجة الى تقديم احدهما في الدفع والله اعلم

باب خيار الشرط

خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري ولهما ثلثة
ايام فما دونها والاصل فيه ما روي ان حبان بن منقذ بن عمرو الانصاري رضي الله عنه كان
يغبن في البياعات فقال له النبي عليه السلام اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلثة ايام
ولا يجوز اكثر منها عند ابي حنيفة وهو قول زفر والشافعي وقالا يجوز اذا سمى مدة
معلومة لحديث ابن عمر انه اجاز الخيار الى شهرين ولان الخيار انما شرع للحاجة الى
التروي ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فصار كالتاجيل في الثمن ولابي حنيفة
ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وانما جوزناه بخلاف القياس
بما رويناه من النص فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة الا انه اذا اجاز
في الثلث جاز عند ابي حنيفة خلافا لزفر وهو يقول انه انعقد فاسدا فلا ينقلب
جائزا وله انه اسقط المفسد قبل تقرره فيعود جائزا كما اذا باع بالرقم واعلمه في
المجلس ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع فاذا اجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد
بالعقد ولهذا قيل ان العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع وقيل ينعقد فاسدا
ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط وهذا على الوجه الاول ولو اشترى على انه
ان لم ينقد الثمن الى ثلثة ايام فلا بيع بينهما جاز والى اربعة ايام لا يجوز عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد يجوز الى اربعة ايام او اكثر فان نقد في الثلث جاز في قولهم
جميعا والاصل فيه ان هذا في معنى اشتراط الخيار اذ الحاجة مست الى الانفساخ

عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة في الفسخ فيكون ملحقا به وقد مر ابو حنيفة على اصله في الملحق به
ونفي الزيادة على الثلث وكذا محمد في تجويز الزيادة وابو يوسف اخذ في الاصل بالاثر
وفي هذا بالقياس وفي هذه المسئلة قياس اخر واليه مال زفر وهو انه بيع شرط
فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط واشتراط الصحيح منها فيه مفسد فاشتراط الفاسد
اولى ووجه الاستحسان ما بينا ق وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه لان تمام
هذا السبب بالمراضاة ولا يتم مع الخيار ولهذا لو اعتق ينفذ عتقه ولا يملك المشتري
التصرف فيه وان قبضه باذن البائع فلو قبضه وهلك في مدة الخيار ضمنه بالقيمة
لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل فبقي مقبوضا في يده
على سوم الشرى وفيه القيمة ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري اعتبارا
بالبيع الصحيح المطلق ق وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع لان البيع في
جانب الاخر لازم وهذا لان الخيار انما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار لانه
شرع نظرا له دون الاخر ق الا ان المشتري لا يملكه عند ابي حنيفة وقالا يملكه لانه
لما خرج عن ملك البائع فلو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلا لا الى مالك ولا عهد لنا
به في الشرع ولابي حنيفة انه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بانه يدخل المبيع في ملكه
لاجتمع البدلان في ملك رجل واحد حكما للمعاوضة ولا اصل له في الشرع لان المعاوضة
تقتضي المساواة ولان الخيار شرع نظرا للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة
فلو ثبت الملك ربما يعتق عليه من غير اختياره بان كان قريبه فيفوت النظر ق فان
هلك في يده هلك بالثمن وكذلك اذا دخله عيب بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ووجه
الفرق انه اذا دخله عيب يمتنع الرد والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك
والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن بخلاف ما تقدم لان بدخول العيب لا يمتنع الرد حكما لخيار
البائع فيهلك والعقد موقوف ومن اشترى امرأته على انه بالخيار ثلثة ايام لم يفسد
النكاح لانه لم يملكها لما له من الخيار وان وطئها له ان يردها لان الوطي بحكم
النكاح الا اذا كانت بكرا لان الوطي ينقصها وهذا عند ابي حنيفة وقالا يفسد
النكاح لانه ملكها وان وطئها لم يردها لان وطيها بملك اليمين فيمتنع الرد وان
كانت ثيبا ولهذه المسئلة اخوات كلها تبتنى على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار وعدمه
منها عتق المشتري على المشتري اذا كان قريبا له في مدة الخيار ومنها عتقه اذا
كان المشتري حلف ان ملكت عبدا فهو حر بخلاف ما اذا قال ان اشتريت لانه يصير

كالمنتسب للعتق بعد الشراء فيسقط الخيار ومنها ان حيض المشتراة في المدة لا يجتزأ به
من الاستبراء عنده ولو ردت بحكم الخيار الى البائع لا يجب عليه الاستبراء عنده وعندهما يجب
اذا ردت بعد القبض ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير ام ولد له
عنده خلافا لهما ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن البائع ثم اودعه عند البائع
فهلك في يده في المدة هلك من مال البائع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك وعندهما
من مال المشتري لصحة الايداع باعتبار قيام الملك ومنها لو كان المشتري عبدا ماذونا
له فابراه البائع عن الثمن في المدة بقي خياره عنده لان الرد امتناع عن التملك
والماذون له يليه وعندهما بطل خياره لانه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بغير عوض
وهو ليس من اهله ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خمرا على انه بالخيار ثم اسلم
بطل الخيار عندهما لانه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده يبطل البيع لانه لم
يملكها فلا يتملكها باسقاط الخيار وهو مسلم قال ومن شرط له الخيار فله ان يفسخ
في مدة الخيار وله ان يجيز فان اجاز بغير حضرة صاحبه جاز وان فسخ لم يجز
الا ان يكون الآخر حاضرا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يجوز وهو قول
الشافعي والشرط هو العلم وانما كنى بالحضرة عنه لابي يوسف انه مسلط على الفسخ
من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالاجازة ولهذا لا يشترط رضاه وصار كالوكيل
بالبيع ولهما انه تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع ولا يعرى عن المضرة لانه
عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فيلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما اذا
كان الخيار للبائع او لا يطلب لسلعته مشتريا فيما اذا كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر
فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل بخلاف الاجازة لانه لا الزام فيه ولا نقول
انه مسلط وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط في غير ما يملكه
المسلط ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة تم الفسخ لحصول العلم به
ولو بلغه بعد مضي المدة تم العقد بمضي المدة قبل الفسخ قال واذا مات من له الخيار
بطل خياره ولم ينتقل الى ورثته وقال الشافعي يورث عنه لانه حق لازم ثابت
في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب والتعيين ولنا ان الخيار ليس الا مشيئة وارادة
ولا يتصور انتقاله والارث فيما يقبل الانتقال بخلاف خيار العيب لان المورث
استحق المبيع سليما فكذا الوارث فاما نفس الخيار لا يورث وخيار التعيين يثبت للوارث
ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير لا ان يورث الخيار قال ومن اشترى وشرط

الخيار لغيره فايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض واصل هذا ان اشتراط الخيار لغيره
جائز استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لان الخيار من مواجب العقد واحكامه
فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري ولنا ان الخيار لغير العاقد
لا يثبت الا بطريق النيابة عن العاقد فيقدم الخيار له اقتضاء ثم يجعل هو نائبا
عنه تصحيحا لتصرفه وعند ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار فايهما اجاز جاز
وايهما نقض انتقض ولو اجاز احدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق لوجوده في زمان
لا يزاحمه فيه غيره ولو خرج الكلامان منهما معا يعتبر تصرف العاقد في رواية
وتصرف الفاسخ في اخرى وجه الاول ان تصرف العاقد اقوى لان النائب يستفيد
الولاية منه وجه الثاني ان الفسخ اقوى لان المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا يلحقه الاجازة
ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف وقيل الاول قول محمد والثاني
قول ابي يوسف واستخرج ذلك مما اذا باع الوكيل من رجل والموكل من غيره معا
فمحمد يعتبر فيه تصرف الموكل وابو يوسف يعتبرهما قال ومن باع عبدين بالف درهم
على انه بالخيار في احدهما ثلاثة ايام فالبيع فاسد وان باع كل واحد منهما بخمسمائة
على انه بالخيار في احدهما بعينه جاز البيع والمسألة على اربعة اوجه احدها ان لا يفصل
الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار وهو الوجه الاول في الكتاب وفساده لجهالة الثمن والمبيع
لان الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد اذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فبقي الداخل
فيه احدهما وهو غير معلوم والثاني ان يفصل الثمن ويعين الذي فيه الخيار وهو المذكور
ثانيا في الكتاب وانما جاز لان المبيع معلوم والثمن معلوم وقبول العقد في الذي فيه
الخيار وان كان شرطا لانعقاد العقد في الآخر ولكن هذا غير مفسد للعقد كما
اذا جمع بين قن ومدبر والثالث ان يفصل ولا يعين والرابع ان يعين ولا يفصل
والعقد فاسد في الوجهين اما لجهالة المبيع او لجهالة الثمن ومن اشترى ثوبين على ان
ياخذ ايهما شاء وهو بالخيار ثلاثة ايام فهو جائز وكذلك الثلاثة فان كانت اربعة اثواب
فالبيع فاسد والقياس ان يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي
وجه الاستحسان ان شرع الخيار للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الارفق والاوفق
والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لانه يحتاج الى اختيار من يثق به او اختيار من
يشتريه لاجله ولا يمكنه البائع من الحمل اليه الا بالبيع فكان في معنى ما ورد به الشرع
غير ان هذه الحاجة تندفع بالثلث لوجود الجيد والوسط والردي فيها والجهالة لا

لكونه محلا للبيع

تفضي

الى المنازعة فى الثلث لتعين من له الخيار وكذا فى الاربع الا ان الحاجة اليها غير متحققة
والرخصة ثبوتها بالحاجة وكون الجيد والردى فيه فلا تكون المنازعة فلا يثبت باحدهما
ثم قيل يشترط ان يكون فى هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور
فى الجامع الصغير وقيل لا يشترط وهو المذكور فى الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا
الاعتبار وفاقا لا شرطا واذا لم يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين
بالثلث عنده وبمدة معلومة اتهها كانت عندهما ثم ذكر فى بعض النسخ اشترى ثوبين
وفى بعضها اشترى احد الثوبين وهو الصحيح لان المبيع فى الحقيقة احدهما والآخر امانة
والاول تجوز واستعارة ولو هلك احدهما او تعيب لزمه البيع فيه بثمنه وتعين
الآخر للامانة لامتناع الرد بالتعيب ولو هلكا جميعا معا يلزمه نصف ثمن كل واحد
منهما لشيوع البيع والامانة فيهما ولو كان فيه خيار الشرط له ان يردهما جميعا ولو
مات من له الخيار فللوارث ان يرد احدهما لان الباقى خيار التعيين للاختلاط ولهذا
لا يتوقت فى حق الوارث فاما خيار الشرط فلا يورث وقد ذكرناه من قبل ومن اشترى
دارا على انه بالخيار فبيعت دار بجنبها فاخذها بالشفعة فهو رضى لان طلب الشفعة
يدل على اختياره الملك فيها لانه ما ثبت الا لدفع ضرر الجوار وذلك بالاستدامة فيتضمن
ذلك سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين ان الجوار كان
ثابتا وهذا التقرير يحتاج اليه لمذهب ابى حنيفة خاصة قال واذا اشترى الرجلان
على انهما بالخيار فرضى احدهما فليس للآخر ان يرده عند ابى حنيفة وقالا له ان يرده
وعلى هذا الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية لهما ان اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد
فلا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه وله ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب
بعيب الشركة فلو رده احدهما يرده معيبا به وفيه الزام ضرر زائد وليس من
ضرورة اثبات الخيار لهما الرضى برد احدهما لتصور اجتماعهما على الرد قال ومن باع
عبدا على انه خباز او كاتب وكان بخلافه فالمشترى بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان
شاء ترك لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق فى العقد بالشرط ثم فواته
يوجب التخيير لانه ما رضى به دونه وهذا يرجع الى اختلاف النوع لقلة التفاوت
فى الاغراض فلا يفسد به العقد بمنزلة الذكورة والانوثة فى الحيوانات فصار
كفوات وصف السلامة واذا اخذه اخذه بجميع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شئ
من الثمن لكونها تابعة فى العقد على ما عرف

باب خيار الرؤية

قال ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز وله الخيار اذا رآه ان شاء اخذه وان شاء رده
وقال الشافعى لا يصح العقد اصلا لان المبيع مجهول ولنا قوله عليه السلام من اشترى
شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه ولان الجهالة بعدم الرؤية لا تفضى الى المنازعة
لانه لو لم يوافقه يرده فصار كجهالة الوصف فى المعاين المشار اليه وكذا اذا
قال رضيت ثم رآه له ان يرده لان الخيار معلق بالرؤية لما روينا فلا يثبت قبلها
وحق الفسخ بحكم انه عقد غير لازم لا بمقتضى الحديث ولان الرضى بالشئ قبل العلم باوصافه
لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية بخلاف قوله رددت قال ومن باع
ما لم يره فلا خيار له وكان ابو حنيفة يقول اولا له الخيار اعتبارا بخيار العيب وخيار
الشرط وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضى زوالا وثبوتا ولا يتحقق ذلك الا بالعلم
باوصاف المبيع وذلك بالرؤية فلم يكن البائع راضيا بالزوال ووجه القول المرجوع اليه
انه معلق بالشراء بما روينا فلا يثبت دونه وروى ان عثمان بن عفان رضى الله عنه
باع ارضا بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقيل لطلحة انك قد غبنت فقال لى الخيار لانى
اشتريت ما لم اره وقيل لعثمان انك قد غبنت فقال لى الخيار لانى بعت ما لم اره فحكما بينهما
جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة وذلك كان بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم ثم خيار
الرؤية غير موقت بل يبقى الى ان يوجد ما يبطله وما يبطل خيار الشرط من تعيب وتصرف
يبطل خيار الرؤية ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير او تصرفا
يوجب حقا للغير كالبيع المطلق والرهن والاجارة يبطله قبل الرؤية وبعدها لانه
لما لزم تعذر الفسخ فبطل الخيار وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط
الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطله قبل الرؤية لانه لا يربو على صريح الرضى
ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضى قال ومن نظر الى وجه الصبرة او الى ظاهر
الثوب مطويا او الى وجه الجارية او الى وجه الدابة وكفلها فلا خيار له والاصل
فى هذا ان رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره فيكتفى برؤية ما يدل على العلم
بالمقصود ولو دخل فى البيع اشياء فان كان لا يتفاوت آحاده كالمكيل والموزون
وعلامته ان يعرض بالنموذج يكتفى برؤية واحد منها الا اذا كان الباقى اردأ
مما رأى فحينئذ يكون له الخيار وان كان يتفاوت آحاده كالدواب والثياب لا بد
من رؤية كل واحد والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكره الكرخى وكان ينبغى ان
يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة اذا ثبت هذا فنقول النظر الى وجه الصبرة

كاف لأنه يعرف وصف البقية لأنه يعرض بالنموذج وكذا النظر إلى ظاهر الثوب مما
يعلم البقية إلا إذا كان في طيه ما يكون مقصوداً كموضع العلم والوجه هو المقصود في الآدمي
وهو والكفل في الدواب فيعتبر رؤية المقصود ولا يعتبر رؤية غيره وشرط بعضهم
رؤية القوائم والأول هو المروي عن أبي يوسف وفي شاة اللحم لا بد من الجس لأن
المقصود وهو اللحم يعرف به وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد
من الذوق لأن ذلك هو المعرف للمقصود قال وإن رأى صحن الدار فلا خيار له وإن
لم يشاهد بيوتها وكذلك إذا رأى خارج الدار أو رأى أشجار البستان من خارج وعند زفر
لا بد من دخول داخل البيوت والأصح أن جواب الكتاب على وفق عادتهم في الأبنية
فإن دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ فأما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت
والنظر إلى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل قال ونظر الوكيل كنظر المشتري حتى لا يرده
إلا من عيب ولا يكون نظر الرسول كنظره وهذا عند أبي حنيفة وقالا هما سواء وله
أن يرده قال رضي الله عنه معناه الوكيل بالقبض فأما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار
بالإجماع لهما أنه توكل بالقبض دون إسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وصار كخيار
العيب والشرط والإسقاط قصداً وله أن القبض نوعان تام وهو أن يقبضه وهو يراه وناقص
وهو أن يقبضه مستوراً وهذا لأن تمامه بتمام الصفقة ولا تتم مع بقاء خيار الرؤية
والموكل ملكه بنوعيه فكذا الوكيل لإطلاق التوكيل وإذا قبضه مستوراً انتهى التوكيل
بالناقص منه فلا يملك إسقاطه قصداً بعد ذلك بخلاف خيار العيب لأنه لا يمنع تمام الصفقة
فيتم القبض مع بقائه وخيار الشرط على الخلاف ولو سلم فالموكل لا يملك التام منه فإنه
لا يسقط بقبضه لأن الاختيار وهو المقصود بالخيار يكون بعده فكذا لا يملكه وكيله وبخلاف
الرسول لأنه لا يملك شيئاً وإنما إليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض والتسليم إذا كان
رسولاً في البيع والشرى قال وبيع الأعمى وشراؤه جائز وله الخيار إذا اشترى
لأنه اشترى ما لم يره وقد قررناه من قبل ثم يسقط خياره بجسه المبيع إذا كان
يعرف بالجس وبشمه إذا كان يعرف بالشم وبذوقه إذا كان يعرف بالذوق كما في البصير
ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له لأن الوصف يقام مقام الرؤية كما في السلم
وعن أبي يوسف أنه إذا وقف في مكان لو كان بصيراً لرآه فقال قد رضيت سقط
خياره لأن التشبيه يقام مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين يقام مقام القراءة
في حق الأخرس في الصلاة وإجراء الموسى مقام الحلق في حق من لا شعر له في الحج وقال

من غرائب المسائل

الحسن

الحسن يوكل وكيلاً بقبضه وهو يراه وهذا أشبه بقول أبي حنيفة لأن رؤية الوكيل رؤية الموكل
على ما مر آنفاً ومن رأى أحد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر جاز له أن يردهما لأن
رؤية أحدهما لا تكون رؤية الآخر للتفاوت في الثياب فبقي الخيار فيما لم يره ثم لا يرده
وحده بل يردهما كيلا يكون تفريقاً للصفقة قبل التمام وهذا لأن الصفقة لا تتم مع
خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضا ويكون
فسخاً من الأصل ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره لأنه لا يجري فيه الإرث عندنا
وقد ذكرناه في خيار الشرط ومن رأى شيئاً ثم اشتراه بعد مدة فإن كان على الصفة التي
رآه فلا خيار له لأن العلم بأوصافه حاصل له بالرؤية السابقة وبفواته يثبت الخيار
إلا إذا كان لا يعلمه مرئيه لعدم الرضا به وإن وجده متغيراً فله الخيار لأن تلك
الرؤية لم تقع معلمة بأوصافه فكأنه لم يره وإن اختلفا في التغير فالقول للبائع
لأن التغير حادث وسبب اللزوم ظاهر إلا إذا بعدت المدة على ما قالوا لأن الظاهر شاهد
للمشتري بخلاف ما إذا اختلفا في الرؤية لأنها أمر حادث والمشتري ينكره فيكون القول له
قال ومن اشترى عدل زطي ولم يره فباع منه ثوباً أو وهبه وسلمه لم يرد شيئاً منها
إلا من عيب وكذلك خيار الشرط لأنه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه وفي رد ما بقي تفريق
الصفقة قبل التمام لأن خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها بخلاف خيار العيب بعد
القبض لأن الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وإن كانت لا تتم قبله وفيه وضع
المسألة فلو عاد إليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي
وعن أبي يوسف أنه لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري رحمه الله عليه

باب خيار العيب

وإذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار إن
شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء رده لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة فعند
فواته يتخير كيلا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به وليس له أن يمسكه ويأخذ النقصان لأن
الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد ولأنه لم يرض بزواله عن ملكه
بأقل من المسمى فيتضرر به ودفع الضرر عن المشتري ممكن بالرد بدون تضرره والمراد به
عيب كان عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لأن ذلك رضا به
قال وكل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لأن التضرر بنقصان المالية
وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف أهله قال والإباق والبول في الفراش
والسرقة في الصغير عيب ما لم يبلغ فإذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ

هل

فالقول قوله

ومعناه اذا ظهرت عند البائع في صغره ثم حدثت عند المشتري في صغره فله ان يرده لانه
عين ذلك وان حدثت بعد بلوغه لم يرده لانه غيره وهذا لان سبب هذه الاشياء يختلف
بالصغر والكبر فالبول في الفراش لقلة المبالاة وبعد الكبر لداء في الباطن والمراد من الصغير
من يعقل فاما من لا يعقل فهو ضال لا آبق فلا يتحقق عيبا قال والجنون في الصغر عيب
ابدا ومعناه اذا جن في الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري فيه او في الكبر يرده
لانه عين الاول اذ السبب في الحالين متحد وهو فساد الباطن وليس معناه انه لا يشترط المعاودة
في يد المشتري لان الله تعالى قادر على ازالته وان كان قلما يزول فلا بد من المعاودة
للرد قال والبخر والدفر عيب في الجارية لان المقصود قد يكون الاستفراش وهما
يخلان به وليس بعيب في الغلام لان المقصود هو الاستخدام ولا يخلان به الا ان يكون
من داء لان الداء عيب قال والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام لانه يخل
بالمقصود في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد ولا يخل بالمقصود في الغلام وهو
الاستخدام الا ان يكون الزنا عادة له على ما قالوا لان اتباعهن يخل بالخدمة قال والكفر
عيب فيهما لان طبع المسلم ينفر عن صحبته ولانه يمتنع صرفه في بعض الكفارات فيختل الرغبة
فلو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لا يرده لانه زوال العيب ولو كانت الجارية بالغة
لا تحيض او هي مستحاضة فهو عيب لان ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء ويعتبر في الارتفاع
اقصى غاية البلوغ وهي سبع عشرة سنة فيها عند ابي حنيفة ويعرف ذلك بقول الامة فيرد
اذا انضم اليه نكول البائع قبل القبض وبعده هو الصحيح قال واذا حدث عند المشتري عيب واطلع
على عيب كان عند البائع فله ان يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع لان في الرد اضرارا
لانه خرج عن ملكه سالما ويعود معيبا فامتنع ولا بد من دفع الضرر عنه فتعين الرجوع
بالنقصان الا ان يرضى البائع ان يأخذه بعيبه لانه رضي بالضرر قال ومن اشترى ثوبا
فقطعه فوجد به عيبا رجع بالعيب لانه امتنع الرد بالقطع فانه عيب حادث فان قال
البائع انا اقبله كذلك كان له ذلك لان الامتناع لحقه وقد رضي به فان باعه المشتري
لم يرجع بشيء لان الرد غير ممتنع برضاء البائع فيصير هو بالبيع حابسا للمبيع فلا يرجع
بالنقصان فان قطع الثوب وخاطه او صبغه احمر او لت السويق بسمن ثم اطلع على عيب
رجع بنقصانه لامتناع الرد بسبب الزيادة لانه لا وجه الى الفسخ في الاصل بدونها
لانها لا تنفك عنه ولا وجه اليه معها لان الزيادة ليست بمبيعة فامتنع اصلا وليس للبائع
ان يأخذه لان الامتناع لحق الشرع لا لحقه فان باعه المشتري بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان

لان الرد ممتنع اصلا قبله فلا يكون بالبيع حابسا للمبيع وعن هذا قلنا ان من اشترى ثوبا
فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان ولو كان الولد كبيرا
يرجع لان التمليك حصل في الاول قبل الخياطة وفي الثاني بعدها بالتسليم اليه ومن اشترى
عبدا فاعتقه او مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه اما الموت فلان الملك ينتهي
به والامتناع حكمي لا بفعله واما الاعتاق فالقياس فيه ان لا يرجع لان الامتناع بفعله
فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع لان العتق انهاء الملك لان الآدمي ما
خلق في الاصل محلا للملك وانما يثبت الملك فيه موقتا الى الاعتاق فكان انهاء فصار
كالموت وهذا لان الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كأن الملك باق والرد متعذر والتدبير
والاستيلاد بمنزلته لانه تعذر النقل مع بقاء المحل بالامر الحكمي وان اعتقه على مال لم
يرجع بشيء لانه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل وعن ابي حنيفة انه يرجع لانه انهاء
الملك وان كان بعوض قال فان قتل المشتري العبد او كان طعاما فاكله لم يرجع بشيء
عند ابي حنيفة اما القتل فالمذكور ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه يرجع لان قتل
المولى عبده لا يتعلق به حكم دنياوي فصار كالموت حتف انفه فيكون انهاء وجه
الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا وانما يسقط الضمان ههنا باعتبار الملك فيصير كالمستفيد به
عوضا بخلاف الاعتاق لانه لا يوجب الضمان لا محالة كاعتاق المعسر عبدا مشتركا واما
الاكل فعلى الخلاف عندهما يرجع وعنده لا يرجع استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا لبس
الثوب حتى تخرق لهما انه صنع في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فاشبه
الاعتاق وله انه تعذر الرد بفعل مضمون منه في المبيع فاشبه البيع والقتل ولا معتبر بكونه
مقصودا الا يرى ان البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع وان اكل بعض الطعام
ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند ابي حنيفة لان الطعام كشيء واحد فصار كبيع البعض
وعندهما انه يرجع بنقصان العيب في الكل وعنهما انه يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض
قال ومن اشترى بيضا او بطيخا او قثاء او خيارا او جوزا فكسره فوجده فاسدا
فان لم ينتفع به رجع بالثمن كله لانه ليس بمال فكان البيع باطلا ولا يعتبر في الجوز
صلاح قشره على ما قيل لان ماليته باعتبار اللب وان كان ينتفع به مع فساده لم
يرده لان الكسر عيب حادث ولكنه يرجع بنقصان العيب دفعا للضرر بقدر الامكان
وقال الشافعي يرده لان الكسر بتسليط منه قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملكه
فصار كما اذا كان ثوبا فقطعه ولو وجد البعض فاسدا وهو قليل جاز البيع استحسانا

لانه لا يخلو عن قليل غبار والقليل ما لا يخلو عنه الجيد عادة كالواحد والاثنين في المائة
وان كان الفلس كثيرا لا يجوز ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر
والعبد قال ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فان قبل بقضاء القاضي باقرار
او بينة او باباء يمين له ان يرده على بائعه لانه فسخ من الاصل فجعل البيع كان لم يكن غاية
الامر انه انكر قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء ومعنى القضاء باقرار انه انكر
الاقرار فاثبت بالبينة وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب بالبينة حيث يكون
ردا على الموكل لان البيع هناك واحد والموجود ههنا بيعان فيفسخ الثاني لا ينفسخ
الاول وان قبل بغير قضاء القاضي ليس له ان يرده لانه بيع جديد في حق ثالث وان كان
فسخا في حقهما والاول ثالثهما وفي الجامع الصغير وان رد عليه بغير قضاء بعيب لا يحدث
مثله لم يكن له ان يخاصم الذي باعه وبهذا يتبين ان الجواب فيما يحدث مثله وفيما لا يحدث مثله
سواء وفي بعض روايات البيوع ان فيما لا يحدث مثله يرجع للتيقن بقيام العيب عند البائع
الاول قال ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع
او يقيم المشتري بينة لانه انكر وجوب دفع الثمن حيث انكر تعين حقه بدعوى العيب ودفع
الثمن اولا ليتعين حقه بازاء تعين المبيع ولانه لو قضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض
القضاء فلا يقضي به صونا لقضائه فان قال المشتري شهودي بالشام استحلف البائع ودفع
الثمن يعني اذا حلف لان في الانتظار ضررا بالبائع وليس في الدفع كثير ضرر به لانه
على حجته اما اذا نكل الزم العيب لانه حجة فيه قال ومن اشترى عبدا فادعى اباقا لم يحلف
البائع حتى يقيم المشتري البينة انه ابق عنده والمراد التحليف على انه لم يابق عنده لان القول
وان كان قوله ولكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشتري ومعرفته بالحجة فاذا اقامها
حلف بالله لقد باعه وسلمه اليه وما ابق قط كذا قال في الكتاب وان شاء حلفه بالله ما له
حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي او بالله ما ابق عندك قط اما لا يحلفه بالله لقد باعه
وما به هذا العيب ولا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لان فيه ترك النظر للمشتري
لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد والاول ذهول عنه والثاني يوهم
تعلقه بالشرطين فيتأول في اليمين عند قيامه وقت التسليم دون البيع ولو لم يجد المشتري بينة
على قيام العيب عنده واراد تحليف البائع ما يعلم انه ابق عنده يحلف على قولهما واختلف
المشايخ على قول ابي حنيفة لهما ان الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البينة فكذا يترتب التحليف
وله على ما قاله البعض ان الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليس يصح الا من خصم ولا يصير

خصما فيه الا بعد قيام العيب وان نكل عن اليمين عندهما يحلف للرد على الوجه الذي قدمنا
قال العبد الضعيف اذا كانت الدعوى في اباق الكبير يحلف ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال
لان الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد الكبر قال ومن اشترى جارية وتقابضا فوجد
بها عيبا فقال البائع بعتك هذه واخرى معها وقال المشتري بعتنيها وحدها فالقول قول
المشتري لان الاختلاف في مقدار المقبوض فيكون القول للقابض كما في الغصب وكذا
اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض لما بينا قال ومن اشترى عبدين
صفقة واحدة وقبض احدهما ووجد بالآخر عيبا فانه ياخذهما او يدعهما لان الصفقة
تتم بقبضهما فيكون تفريقها قبل التمام وقد ذكرناه وهذا لان القبض له شبه بالعقد فالتفريق
فيه كالتفريق في العقد ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه ويروى عن ابي يوسف
انه يرده خاصة والاصح انه ياخذهما او يردهما لان تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع
وهو اسم للكل وصار كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول دون قبض
جميعه ولو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا يرده خاصة خلافا لزفر هو يقول فيه تفريق
الصفقة ولا يعرى عن ضرر لان العادة جرت بضم الجيد الى الرديء فاشبه ما قبل
القبض وخيار الرؤية والشرط ولنا انه تفريق بعد التمام لان بالقبض تتم الصفقة
في خيار العيب وفي خيار الرؤية والشرط لا تتم به على ما مر ولهذا لو استحق احدهما
ليس له ان يرد الآخر قال ومن اشترى شيئا مما يكال او يوزن فوجد ببعضه عيبا رده
كله او اخذه كله ومراده بعد القبض لان المكيل اذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد
الا يرى انه يسمى باسم واحد وهو الكر ونحوه وقيل هذا اذا كان في وعاء واحد وان
كان في وعاءين فهو بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب دون الآخر
ولو استحق بعضه فلا خيار له في رد ما بقي لانه لا يضره التبعيض والاستحقاق لا يمنع
تمام الصفقة لان تمامها برضا العاقد لا برضا المالك وهذا اذا كان بعد القبض اما
لو كان ذلك قبل القبض له ان يرد ما بقي لتفرق الصفقة قبل التمام قال وان كان ثوبا
فله الخيار لان التشقيص فيه عيب وقد كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق بخلاف
المكيل والموزون ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا فداواها او كانت دابة فركبها
في حاجته فهو رضا لانه دليل قصده الاستبقاء بخلاف خيار الشرط لان الخيار هناك
للاختبار وانه بالاستعمال فلا يكون الركوب مسقطا له وان ركبها ليردها على بائعها
او ليسقيها او ليشتري لها علفا فليس برضا اما الركوب للرد فلانه سبب الرد والجواب

في السقي واشتراء العلف محمول على ما اذا كان لا يجد منه بدا اما لصعوبتها او لعجز او لكون
العلف في عدل واحد واما اذا كان يجد منه بدا فهو لانعدام ما ذكرناه يكون رضا قال
ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به فقطع عند المشتري له ان يرده ويأخذ الثمن عند
ابي حنيفة وقالا يرجع بما بين قيمته سارقا الى غير سارق وعلى هذا الخلاف اذا
قتل بسبب وجد في يد البائع والحاصل انه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب
عندهما لهما ان الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل وانه لا ينافي المالية فنفذ
العقد فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه عند تعذر رده وصار كما اذا اشترى جارية حاملا
فماتت في يده بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا الى غير حامل وله ان سبب
الوجوب في يد البائع والوجوب يفضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب
السابق وصار كما اذا قتل المغصوب او قطع بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب
وما ذكر من المسئلة ممنوعة ولو سرق في يد البائع ثم سرق في يد المشتري فقطع بهما عندهما
يرجع بالنقصان كما ذكرنا وعنده لا يرده بدون رضى البائع للعيب الحادث ويرجع بربع الثمن
وان قبله البائع فبثلثة ارباعه لان اليد من الآدمي نصفه وقد تلفت بالجنايتين
وفي احديهما الرجوع فيتنصف ولو تداولته الايدي ثم قطع في يد الاخير رجع الباعة
بعضهم على بعض عنده كما في الاستحقاق وعندهما يرجع الاخير على بائعه ولا يرجع بائعه
على بائعه لانه بمنزلة العيب وقوله في الكتاب ولم يعلم المشتري يفيد على مذهبهما لان العلم
بالعيب رضا به ولا يفيد على قوله في الصحيح لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع قال
ومن باع عبدا وشرط البراءة من كل عيب فليس له ان يرده بعيب وان لم يعد العيوب ويسمها
وقال الشافعي لا يصح البراءة بناء على مذهبه ان الابراء عن الحقوق المجهولة لا يصح هو يقول
ان في الابراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد وتمليك المجهول لا يصح ولنا ان الجهالة في
الاسقاط لا تفضي الى المنازعة وان كان في ضمنه التمليك لعدم الحاجة الى التسليم فلا يكون
مفسدا ويدخل في هذه البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض في قول ابي يوسف
وقال محمد لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر لان البراءة تتناول الثابت ولابي يوسف
ان الغرض الزام العقد باسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث

باب البيع الفاسد

واذا كان احد العوضين او كلاهما محرما فالبيع فاسد
كالبيع بالميتة والدم والخمر والخنزير وكذا اذا كان غير مملوك كالحر قال شيخ الاسلام
هذه فصول جمعها وفيها تفصيل نبينه ان شاء الله تعالى فنقول البيع بالميتة والدم باطل

وكذا بالحر لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فان هذه الاشياء لا تعد مالا عند احد
والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فانه مال
عند البعض والباطل لا يفيد ملك التصرف ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه يكون امانة
عند بعض المشايخ لان العقد غير معتبر فبقي القبض باذن المالك وعند البعض يكون مضمونا
لانه لا يكون ادنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وقيل الاول قول ابي حنيفة والثاني
قولهما كما في بيع ام الولد والمدبر على ما نبينه ان شاء الله تعالى والفاسد يفيد الملك عند
اتصال القبض به ويكون المبيع مضمونا في يد المشتري فيه وفيه خلاف الشافعي وسنبينه ان شاء الله
وكذا بيع الميتة والدم والحر باطل لانها ليست اموالا فلا تكون محلا للبيع واما بيع الخمر والخنزير
ان كان قوبل بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل وان كان قوبل بعين فالبيع فاسد
حتى يملك ما يقابله وان كان لا يملك عين الخمر والخنزير ووجه الفرق ان الخمر مال وكذا الخنزير
مال عند اهل الذمة الا انه غير متقوم لما ان الشرع امر باهانته وترك اعزازه وفي تملكه
بالعقد مقصودا اعزاز له وهذا لانه متى اشتراها بالدراهم فالدراهم غير مقصودة لكونها
وسيلة لما انها تجب في الذمة وانما المقصود الخمر فسقط التقوم اصلا بخلاف ما اذا اشترى
الثوب بالخمر لان مشتري الثوب انما يقصد تملك الثوب بالخمر وفيه اعزاز للثوب دون الخمر
فبقي ذكر الخمر معتبرا في تملك الثوب لا في حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية ووجبت
قيمة الثوب دون الخمر وكذا اذا باع الخمر بالثوب لانه يعتبر شراء الثوب بالخمر لكونه مقايضة
وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب فاسد ومعناه باطل لان استحقاق العتق قد ثبت لام الولد لقوله
عليه السلام اعتقها ولدها وسبب الحرية انعقد في حق المدبر في الحال لبطلان الاهلية
بعد الموت والمكاتب استحق يدا على نفسه لازمة في حق المولى ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك
كله فلا يجوز ولو رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان والاظهر هو الجواز والمراد
المدبر المطلق دون المقيد وفي المطلق خلاف الشافعي وقد ذكرناه في العتاق فان
ماتت ام الولد او المدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا عليه قيمتهما وهو
رواية عنه لهما انه مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونا عليه كسائر الاموال وهذا لان
المدبر وام الولد يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم اليهما في البيع بخلاف المكاتب لانه في
يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان به وله ان جهة البيع انما تلحق بحقيقته في محل
يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس دخولهما في البيع في حق
انفسهما وانما ذلك ليثبت حكم البيع فيما ضم اليهما فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده

بانفراده وانما ثبت حكم الدخول فيما ضم اليه كذا هذا قال ولا يجوز بيع السمك قبل ان يصطاد
لانه باع ما لا يملكه ولا في حظيرة اذا كان لا يؤخذ الا بصيد لانه غير مقدور التسليم ومعناه
اذا اخذه ثم القاه فيها ولو كان يؤخذ من غير حيلة جاز الا اذا اجتمعت فيها بانفسها ولم
يسد عليها المدخل لعدم الملك قال ولا بيع الطير في الهواء لانه غير مملوك قبل الاخذ ولو
ارسله من يده فغير مقدور التسليم ولا بيع الحمل ولا النتاج لنهي النبي صلى الله تعالى عليه وسلم عن بيع الحبل
وحبل الحبلة ولان فيه غررا قال ولا بيع اللبن في الضرع للغرر فعساه انتفاخ ولانه ينازع
في كيفية الحلب وربما يزداد فيختلط المبيع بغيره قال والصوف على ظهر الغنم لانه من اوصاف
الحيوان ولانه ينبت من اسفل فيختلط المبيع بغيره بخلاف القوائم لانها تزيد من اعلى
وبخلاف القصيل لانه يمكن قلعه والقطع في الصوف متعين فيقع التنازع في موضع القطع
وقد صح انه عليه السلام نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع وسمن في لبن وهو
حجة على ابي يوسف في هذا الصوف حيث جوز بيعه فيما يروى عنه قال وجذع في سقف
وذراع من ثوب ذكر القطع او لم يذكر لانه لا يمكن تسليمه الا بضرر بخلاف ما اذا باع عشرة
دراهم من نقرة فضة لانه لا ضرر في تبعيضه ولو لم يكن معينا لا يجوز لما ذكرنا وللجهالة
ايضا ولو قطع البائع الذراع او قلع الجذع قبل ان يفسخ المشتري يعود صحيحا لزوال المفسد
بخلاف ما اذا باع النوى في التمر او البزر في البطيخ حيث لا يكون صحيحا وان شقهما واخرج
المبيع لان في وجودهما احتمالا اما هنا المبيع معين موجود قال وضربة القانص وهو ما يخرج
من الصيد بضرب الشبكة مرة لانه مجهول ولان فيه غررا قال وبيع المزابنة وهو بيع التمر على
النخيل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصا لانه عليه السلام نهى عن بيع المزابنة والمحاقلة فالمزابنة
ما ذكرنا والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا ولانه باع مكيلا بمكيل
من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما لو كانا موضوعين على الارض وكذلك العنب بالزبيب على هذا
وقال الشافعي يجوز فيما دون خمسة اوسق لانه عليه السلام نهى عن بيع المزابنة ورخص في العرايا
وهو ان يباع بخرصها تمرا فيما دون خمسة اوسق قلنا العرية العطية لغة وتاويله ان
يبيع المعرى له ما على النخيل من المعري بتمر مجذوذ وهو بيع مجازا لانه لم يملكه فيكون برا
مبتدأ قال ولا يجوز البيع بالقاء الحجر والملامسة وهذه بيوع كانت في الجاهلية وهو ان
يتراوض الرجلان على سلعة اي يتساوما فاذا لمسها المشتري او نبذها اليه البائع او وضع
المشتري عليها حصاة لزم البيع فالاول بيع الملامسة والثاني المنابذة والثالث القاء
الحجر وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع الملامسة والمنابذة ولان فيه تعليقا بالخطر

ولي م

واما الحديث نهى عن حبل الحبلة فالحبل مصدر حبلت المرأة حبلا فهي حبلى ومن قال فسمي به المحمول كما سمي بالحمل وانما ادخلت عليه التاء للاشعار بمعنى الانوثة فيه لان معناه ان يبيع ما سوف يحمله الجنين ان كان انثى ومن روى الحبلة بالكسر فقد اخطأ مغرب اللغة

لا م

نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ضربة الغائص وهو الذي يغوص في البحر اي يدخل فيه لاستخراج اللآلي ويقول للغواص عوضا ذلك حرفته وهو نهي عن قول الرجل اغوص لك في البحر غوصة فما اخرجته فهو لك بكذا وهذا لا يجوز لانه غرر ومروي عن ضربة القانص بالقاف والنون وهو الصائد وصورته ضرب بالشبكة اي اصطاد وهو ان يقول اضرب لك كذا بكذا فما خرج فهو لك بكذا وهو غرر النهاية مختصر كلمة

لا م

والمنابذة م

في المغرب وفي الاجارات البائع والمشتري اذا تراوضا السلعة اي تداريا فيها وتركوا فيها الحجر ... انتهى

قال

قال ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع ولو قال على انه بالخيار في ان يأخذ ايهما شاء
جاز استحسانا وقد ذكرناه بفروعه قال ولا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها والمراد الكلأ
اما البيع فلانه ورد على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه بالحديث واما الاجارة فلانها عقدت
على استهلاك عين مباح ولو عقدت على استهلاك عين مملوك بان استاجر بقرة ليشرب
لبنها لا يجوز فهذا اولى ولا يجوز بيع النحل وهذا عند ابي يوسف وقال محمد يجوز اذا كان
محرزا وهو قول الشافعي لانه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا فيجوز بيعه وان كان لا يؤكل
كالبغل والحمار ولهما انه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنابير والانتفاع بما يخرج منه لا
بعينه فلا يكون منتفعا به قبل الخروج حتى لو باع كوارة فيها عسل بما فيها من النحل يجوز
تبعا له كذا ذكره الكرخي ولا يجوز بيع دود القز عند ابي حنيفة لانه من الهوام وعند
ابي يوسف يجوز اذا ظهر فيه القز تبعا له وعند محمد يجوز كيفما كان لكونه منتفعا به ولا يجوز
بيع بيضه عند ابي حنيفة وعندهما يجوز لمكان الضرورة وقيل ابو يوسف مع ابي حنيفة كما في دوده
والحمام اذا علم عددها وامكن تسليمها جاز بيعها لانه مال مقدور التسليم ولا يجوز بيع الآبق
لنهي النبي عليه السلام عنه ولانه لا يقدر على تسليمه قال الا ان يبيعه من رجل زعم انه عنده لان
المنهي بيع آبق مطلق وهو ان يكون آبقا في حق المتعاقدين وهذا غير آبق في حق المشتري
ولانه اذا كان عند المشتري انتفى العجز عن التسليم وهو المانع ثم لا يصير قابضا بمجرد العقد
اذا كان في يده وكان اشهد لانه امانة عنده وقبض الامانة لا ينوب عن قبض المبيع
ولو كان لم يشهد يجب ان يصير قابضا لانه قبض غصب ولو قال هو عند فلان فبعه مني
فباعه لا يجوز لانه آبق في حق المتعاقدين ولانه لا يقدر على تسليمه ولو باع الآبق
ثم عاد من الاباق لا يتم ذلك العقد لانه وقع باطلا لانعدام المحلية كبيع الطير
في الهواء وعن ابي حنيفة انه يتم العقد اذا لم يفسخ لان العقد انعقد لقيام المالية
والمانع قد ارتفع وهو العجز عن التسليم كما اذا ابق بعد البيع وهكذا يروى عن محمد
قال ولا بيع لبن امرأة في قدح وقال الشافعي يجوز بيعه لانه مشروب طاهر ولنا
انه جزء الآدمي وهو بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع ولا فرق في
ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة وعن ابي يوسف انه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز
ايراد العقد على نفسها فكذا على جزئها قلنا الرق قد حل نفسها فاما اللبن فلا رق
فيه لانه يختص بمحل القوة التي هي ضد الضعف في الحي ولا حياة في اللبن قال ولا يجوز بيع
شعر الخنزير لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له ويجوز الانتفاع به للخرز

البيع م

ابي حنيفة م

يجوز اذا

وهو م

الخرز مو دوز
تعقادر

للضرورة فان ذلك العمل لا يتأتى بدونه ويوجد مباح الاصل فظهرت الضرورة الى البيع
ولو وقع في الماء القليل افسده عند ابي يوسف وعند محمد لا يفسده لان اطلاق الانتفاع به
دليل طهارته ولابي يوسف ان الاطلاق للضرورة فلا يظهر الا في حالة الاستعمال
وحالة الوقوع تغايرها ولا يجوز بيع شعور الانسان ولا الانتفاع بها لان الآدمي
مكرم لا مبتذل فلا يجوز ان يكون شيء من اجزائه مهانا مبتذلا وقد قال النبي عليه السلام
لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث وانما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون
النساء وذوائبهن قال ولا بيع جلود الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ على
ما مر في كتاب الصلوة ولا بأس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ لانها طهرت بالدباغ
وقد ذكرناه في كتاب الصلاة ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وشعرها
وقرنها ووبرها والانتفاع بذلك كله لانها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحيوة
وقد قررناه من قبل والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد وعندهما بمنزلة السباع
حتى يباع عظمه وينتفع به قال واذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر فسقطا او سقط
العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز لان حق التعلي ليس بمال لان المال ما يمكن
احرازه والمال هو المحل للبيع بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق
الروايات ومفردا في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ رحمهم الله لانه حظ من الماء
ولهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن على ما ذكر في كتاب الشرب قال وبيع الطريق
وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل والمسئلة تحتمل وجهين بيع رقبة الطريق
والمسيل وبيع حق المرور والتسييل فان كان الاول فوجه الفرق بين المسئلتين
ان الطريق معلوم لان له طولا وعرضا معلوما اما المسيل فمجهول لانه لا يدرى قدر
ما يشغله من الماء وان كان الثاني ففي بيع حق المرور روايتان ووجه الفرق بينه
وبين حق التسييل ان حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق اما المسيل على
السطح فهو نظير حق التعلي وعلى الارض مجهول لجهالة محله ووجه الفرق بين حق المرور
وحق التعلي على احدى الروايتين ان حق التعلي يتعلق بعين لا تبقى وهو البناء فاشبه
المنافع اما حق المرور يتعلق بعين تبقى وهو الارض فاشبه الاعيان قال ومن باع جارية
فاذا هو غلام فلا بيع بينهما بخلاف ما اذا باع كبشا فاذا هو نعجة حيث ينعقد البيع
ويتخير والفرق يبتنى على الاصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد رحمه الله ان الاشارة مع
التسمية اذا اجتمعتا ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه وفي متحدي الجنس

غيره

القرون زلف — الذوائب گيسو

قبل ان تدبغ لانه غير منتفع به قال عليه السلام لا تنتفعوا من الميتة

غ

على احد

سعلق

سعلق

١٩٠

يتعلق بالمشار اليه وينعقد لوجوده ويتخير لفوات الوصف كمن اشترى عبدا على انه خباز
فاذا هو كاتب وفي مسئلتنا الذكر والانثى من بني آدم جنسان للتفاوت في الاغراض
وفي الحيوانات جنس واحد للتقارب فيها وهو المعتبر في هذا دون الاصل كالخل والدبس
جنسان والوذاري والزندنيجي على ما قالوا جنسان مع اتحاد اصلهما ومن اشترى جارية
بالف درهم حالة او نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع بخمسمائة قبل ان ينقد الثمن الاول
لا يجوز البيع الثاني وقال الشافعي يجوز لان الملك قد تم فيها بالقبض فصار البيع من البائع
ومن غيره على السواء وصار كما لو باع بمثل الثمن الاول او بالزيادة او بالعرض ولنا
قول عائشة رضي الله تعالى عنها لتلك المرأة وقد باعت بستمائة بعد ما اشترت بثمانمائة
بئس ما شريت واشتريت ابلغي زيد بن ارقم ان الله تعالى ابطل حجه وجهاده مع رسول الله
صلى الله عليه وسلم ان لم يتب ولان الثمن لم يدخل في ضمانه فاذا وصل اليه المبيع ووقعت
المقاصة بقي له فضل خمسمائة وذلك بلا عوض بخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل
انما يظهر عند المجانسة قال ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها واخرى معها من البائع
قبل ان ينقد الثمن بخمسمائة فالبيع جائز في التي لم يشترها من البائع ويبطل في الاخرى
لانه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا للاخرى باقل
مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى في صاحبتها ولا يشيع الفساد لانه ضعيف
فيها لكونه مجتهدا فيه او لانه باعتبار شبهة الربوا او لانه طارئ لانه يظهر بانقسام الثمن
او المقاصة فلا يسري الى غيرها قال ومن اشترى زيتا على ان يزنه بظرفه فيطرح عنه
مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد وان اشترى على ان يطرح عنه بوزن الظرف جاز
لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه ومن اشترى سمنا في زق فرد
الظرف وهو عشرة ارطال فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة ارطال فالقول قول المشتري
لانه ان اعتبر اختلافا في تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان او
امينا وان اعتبر اختلافا في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول قول المشتري
لانه ينكر الزيادة قال واذا امر المسلم نصرانيا ببيع خمر او شرائها ففعل جاز عند ابي حنيفة
وقالا لا يجوز على المسلم وعلى هذا الخلاف الخنزير وعلى هذا توكيل المحرم غيره ببيع صيده
لهما ان الموكل لا يليه فلا يوليه غيره ولانه ما يثبت للوكيل ينتقل اليه فصار كانه باشره
بنفسه فلا يجوز ولابي حنيفة ان العاقد هو الوكيل باهليته وولايته وانتقال
الملك الى الآمر حكمي فلا يمتنع بسبب الاسلام كما اذا ورثهما ثم ان كان خمرا يخللها وان كان

وذار قرية بسمرقند وزندنة قرية ببخارا ينسب اليهما الثوب كذا في المغرب

باعه نسيئة على فعيلة اي بتأخر كذا في الديوان

مع يمينه وعلى البائع البينة

فغيره لا يوليه

التخليل شيره را سركه گردانيدن

غير ما سميناه قال ومن باع عبداً على أن يعتقه المشتري أو يدبره أو يكاتبه أو أمة على أن
يستولدها فالبيع فاسد لأن هذا بيع وشرط وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع وشرط ثم
جملة المذهب فيه أن يقال كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد
لثبوته بدون الشرط وكل شرط لا يقتضيه وفيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه
وهو من أهل الاستحقاق يفسده كشرط أن لا يبيع المشتري العبد المبيع لأن فيه زيادة
عارية عن العوض فيؤدي إلى الربوا أو لأنه يقع بسببه المنازعة فيعرى العقد عن مقصوده
ولو كان لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لأحد لا يفسده هو الظاهر من المذهب كشرط
أن لا يبيع المشتري الدابة المبيعة لأنه انعدمت المطالبة فلا يؤدي إلى الربوا ولا إلى
المنازعة إذا ثبت هذا فنقول هذه الشروط لا يقتضيها العقد لأن قضيته الإطلاق
في التصرف والتخيير لا الإلزام حتماً والشرط يقتضي ذلك وفيه منفعة للمعقود عليه والشافعي
وإن كان يخالفنا في العتق ويقيسه على بيع العبد نسمة فالحجة عليه ما ذكرنا وتفسير البيع
نسمة أن يباع ممن يعلم أنه يعتقه لا أن يشترط فيه فلو أعتقه المشتري بعدما اشتراه
بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند أبي حنيفة وقالا بقي فاسداً حتى يجب عليه
القيمة لأن البيع قد وقع فاسداً فلا ينقلب جائزاً كما إذا تلف بوجه آخر ولأبي حنيفة
أن شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه ولكن من حيث حكمه يلائمه لأنه
منهٍ للملك والشيء بانتهائه يتقرر ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب فإذا
تلف بوجه آخر لم يتحقق الملاءمة فيتقرر الفساد وإذا وجد العتق تحققت الملاءمة فترجح
جانب الجواز فكان الحال قبل ذلك موقوفاً قال وكذلك لو باع عبداً على أن يستخدمه
البائع شهراً أو داراً على أن يسكنها أو على أن يقرضه المشتري درهماً أو على أن يهدي له
هدية لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ولأنه عليه السلام
نهى عن بيع وسلف ولأنه لو كانت الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون إجارة في
بيع ولو كان لا يقابلهما يكون إعارة في بيع وقد نهى النبي عليه السلام عن صفقتين في
صفقة قال ومن باع عيناً على أن لا يسلمه إلى رأس الشهر فالبيع فاسد لأن الأجل في
المبيع العين باطل فيكون شرطاً فاسداً وهذا لأن الأجل شرع ترفيهاً فيليق
بالديون دون الأعيان قال ومن اشترى جارية إلا حملها فسد البيع والأصل
أن ما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد والحمل من هذا القبيل وهذا لأنه
بمنزلة أطراف الحيوان لاتصاله به خلقة وبيع الأصل يتناولها فالاستثناء يكون على

بيع العبد نسمة

خلاف الموجب فلم يصح فيصير شرطاً فاسداً والبيع يبطل به والكتابة والإجارة والرهن
بمنزلة البيع لأنها تبطل بالشروط الفاسدة غير أن المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد
منها والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لا تبطل باستثناء الحمل بل
يبطل الاستثناء لأن هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة وكذا الوصية لا تبطل به
لكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثاً والجارية وصية لأن الوصية أخت الميراث والميراث
يجري فيما في البطن بخلاف ما إذا استثنى خدمتها لأن الميراث لا يجري فيها قال ومن اشترى
ثوباً على أن يقطعه البائع ويخيطه قميصاً أو قباء فالبيع فاسد لأنه شرط لا يقتضيه العقد
وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ولأنه يصير صفقة في صفقة على ما مر قال ومن اشترى نعلاً
على أن يحذوه البائع أو يشركه فالبيع فاسد قال ما ذكره جواب القياس ووجهه
ما بينا وفي الاستحسان يجوز للتعامل فيه فصار كصبغ الثوب وللتعامل جوزنا
الاستصناع قال والبيع إلى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود إذا لم يعرف
المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الأجل وهي مفضية إلى المنازعة في البيع لابتنائها على
المماكسة إلا إذا كانا يعرفانه لكونه معلوماً عندهما أو كان التأجيل إلى فطر النصارى بعد
ما شرعوا في صومهم لأن مدة صومهم بالأيام معلومة فلا جهالة فيه قال ولا يجوز البيع إلى
قدوم الحاج وكذلك إلى الحصاد والدياس والقطاف والجزاز لأنها تتقدم وتتأخر
ولو كفل إلى هذه الأوقات جاز لأن الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة وهذه الجهالة يسيرة
مستدركة لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم فيها ولأنه معلوم الأصل ألا ترى أنها تحتمل
الجهالة في أصل الدين بأن تكفل بما ذاب على فلان ففي الوصف أولى بخلاف
البيع فإنه لا يحتملها في أصل الثمن فكذا في وصفه بخلاف ما إذا باع مطلقاً ثم أجل
الثمن إلى هذه الأوقات حيث جاز لأن هذا تأجيل الدين وهذه الجهالة متحملة فيه بمنزلة
الكفالة ولا كذلك اشتراطه في أصل العقد لأنه يبطل بالشروط الفاسدة ولو باع
إلى هذه الآجال ثم تراضيا بإسقاط الأجل قبل أن يأخذ الناس في الحصاد والدياس
وقبل قدوم الحاج جاز البيع وقال زفر لا يجوز لأنه وقع فاسداً فلا ينقلب جائزاً
وصار كإسقاط الأجل في النكاح إلى أجل ولنا أن الفساد للمنازعة وقد ارتفع
قبل تقرره وهذه الجهالة في شرط زائد لا في صلب العقد فيمكن إسقاطه بخلاف
ما إذا باع الدرهم بالدرهمين ثم أسقط الدرهم الزائد لأن الفساد في صلب العقد
وبخلاف النكاح إلى أجل لأنه متعة وهو عقد غير عقد النكاح وقوله في الكتاب ثم تراضيا

خرج وفاقا لان من لا يحل يستند ساقطا لانه خارج لحرمته قال ومن جمع بين حر وعبد
او شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ان سمى لكل
واحد ثمنا جاز في العبد وان جمع بين عبد ومدبر او بين عبده وعبد غيره صح البيع
في العبد بحصته من الثمن عند الثلثة وقال زفر فسد البيع فيهما ومتروك التسمية عامدا كالميتة
والمكاتب وام الولد كالمدبر. له الاعتبار بالفصل الاول اذ محلية البيع منتفية بالاضافة
الى الكل ولهما ان الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى الى القن كمن جمع بين الاجنبية واخته
في النكاح بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل واحد لانه مجهول ولابي حنيفة وهو الفرق بين
الفصلين ان الحر لا يدخل تحت العقد اصلا لانه ليس بمال والبيع صفقة واحدة فكان
القبول في الحر شرطا للبيع في العبد فهو شرط فاسد بخلاف النكاح لانه لا يبطل بالشرط
اما البيع في هولاء موقوف وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية ولهذا ينفذ في عبد الغير
باجازته وفي المكاتب برضاه في الاصح وفي المدبر بقضاء القاضي وكذا في ام الولد
عند ابي حنيفة وابي يوسف الا ان المالك استحق المبيع وهولاء استحقوا انفسهم فردوا
البيع فكان هذا اشارة الى البقاء كما اذا اشترى عبدين وهلك احدهما قبل القبض ولا يكون
شرطا للقبول في غير المبيع ولا بيعا بالحصة ابتداء ولهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد فيه
ومن جمع بين ملك ووقف واطلق صح في الملك في الاصح

فصل في احكامه

فاذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بامر البائع وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك
المبيع ولزمته قيمته وقال الشافعي لا يملكه وان قبضه لانه محظور فلا ينال به نعمة الملك
ولان النهي نسخ المشروعية للتضاد بينهما ولهذا لا يفيده قبل القبض وصار كما اذا باع
بالميتة او باع الخمر بالدراهم ولنا ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله فوجب
القول بانعقاده ولا خفاء في الاهلية والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام
والنهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك وانما
المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء وانما لا يثبت الملك قبل القبض كيلا يودي
الى تقرير الفساد المجاور اذ هو واجب الرفع بالاسترداد فبالامتناع عن المطالبة اولى
ولان السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالقبيح فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة الحكم
بمنزلة الهبة والميتة ليست بمال فانعدم الركن ولو كان الخمر مثمنا فقد خرجناه وشي آخر
ان في الخمر الواجب هي القيمة وهي تصلح ثمنا لا مثمنا ثم شرط ان يكون القبض باذن البائع
وهو الظاهر الا انه يكتفي به دلالة كما اذا قبضه في مجلس العقد استحسانا هو الصحيح

لان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه في مجلس العقد بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه
كان بحكم التسليط السابق وكذا القبض في الهبة في مجلس العقد استحسانا وشرط ان يكون
في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج عليه
البيع بالميتة والدم والحر والريح والبيع مع نفي الثمن وقوله لزمته قيمته في ذوات
القيم فاما في ذوات الامثال يلزمه المثل لانه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب
وهذا لان المثل صورة ومعنى اعدل من المثل معنى قال ولكل واحد من المتعاقدين
فسخه رفعا للفساد وهذا قبل القبض ظاهر لانه لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعا منه
وكذا بعد القبض اذا كان الفساد في صلب العقد لقوته وان كان الفساد لشرط زائد
فلمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد الا انه لم يتحقق المراضاة في حق من له
الشرط قال فان باعه المشتري نفذ بيعه لانه ملكه فيملك التصرف فيه وسقط حق
الاسترداد لتعلق حق العبد بالثاني ونقض الاول لحق الشرع وحق العبد مقدم لحاجته
ولان الاول مشروع باصله دون وصفه والثاني مشروع باصله ووصفه فلا يعارضه
مجرد الوصف ولانه حصل بتسليط من جهة البائع بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة
لان كل واحد منهما حق العبد ويستويان في المشروعية وما حصل بتسليط الشفيع قال
ومن اشترى عبدا بخمر او خنزير فقبضه واعتقه او باعه او وهبه وسلمه فهو جائز وعليه
القيمة لما ذكرنا انه ملكه بالقبض فتنفذ تصرفاته وبالاعتاق قد هلك فلزمه القيمة
وبالبيع والهبة انقطع الاسترداد على ما مر والكتابة والرهن نظير البيع لانهما لازمان
الا انه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع وهذا بخلاف الاجارة
لانها تفسخ بالاعذار ورفع الفساد عذر ولانها تنعقد شيئا فشيئا فيكون الرد
امتناعا قال وليس للبائع في البيع الفاسد ان ياخذ المبيع حتى يرد الثمن لان المبيع مقابل به
فيصير محبوسا به كالرهن وان مات البائع فالمشتري احق به حتى يستوفي الثمن لانه يقدم
عليه في حياته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالراهن ثم ان كانت دراهم الثمن
قائمة ياخذها بعينها لانها تتعين في البيع الفاسد وهو الاصح لانه بمنزلة الغصب وان كانت
مستهلكة اخذ مثلها لما بينا قال ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري فعليه قيمتها
عند ابي حنيفة رواه يعقوب عنه في الجامع الصغير ثم شك بعد ذلك في الرواية وقال
ابو يوسف ومحمد ينقض البناء وترد الدار والغرس على هذا الاختلاف لهما ان حق الشفيع
اضعف من حق البائع حتى يحتاج فيه الى القضاء ويبطل بالتاخير بخلاف حق البائع ثم

أضعف الحقين لا يبطل بالبناء فأقواهما أولى ولأن البناء والغرس مما يقصد به
الدوام وقد حصل بتسليط من جهة البائع فينقطع حق الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع
لأنه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا يبطل بهبة المشتري وبيعه فكذا ببنائه. وشك
يعقوب في حفظ الرواية عن أبي حنيفة وقد نص محمد على الاختلاف في كتاب الشفعة
فإن حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته على الاختلاف. قال ومن اشترى
جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح ويطيب للبائع ما ربح في
الثمن والفرق أن الجارية مما يتعين فيتعلق العقد بها فيتمكن الخبث في الربح والدراهم
والدنانير لا يتعينان في العقود فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلم يتمكن الخبث فلا يجب
التصدق وهذا في الخبث الذي سببه فساد الملك أما الخبث لعدم الملك عند أبي حنيفة
ومحمد يشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث أنه
يتعلق به سلامة المبيع أو تقدير الثمن وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة والشبهة
تنزل إلى شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها. قال وكذلك إذا ادعى على آخر
مالا فقضاه إياه ثم تصادقا أنه لم يكن عليه شيء وقد ربح المدعي في الدراهم
يطيب له الربح لأن الخبث لفساد الملك ههنا لأن الدين وجب بالتسمية ثم استحق بالتصادق
وبدل المستحق مملوك فلا يعمل فيما لا يتعين. **فصل فيما يكره** قال ونهى النبي عليه السلام
عن النجش وهو أن يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره قال عليه السلام لا تناجشوا
قال وعن السوم على سوم غيره قال عليه السلام لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على
خطبة أخيه ولأن في ذلك إيحاشا وإضرارا وهذا إذا تراضى المتعاقدان على مبلغ ثمن
في المساومة فإذا لم يركن أحدهما إلى الآخر فهو بيع من يزيد ولا بأس به على ما نذكره
وما ذكرناه محمل النهي في النكاح أيضا. قال وعن تلقي الجلب وهذا إذا كان يضر بأهل
البلد فإن كان لا يضر فلا بأس به إلا إذا لبس السعر على الواردين فيكره لما فيه من الغرور
والضرر. قال وعن بيع الحاضر للبادي فقد قال عليه السلام لا يبيع الحاضر للبادي وهذا
إذا كان أهل البلد في قحط وعوز فهو أن يبيع من أهل البدو طمعا في الثمن الغالي لما فيه
من الإضرار بهم أما إذا لم يكن كذلك فلا بأس به لانعدام الضرر. قال والبيع عند
أذان الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع ثم فيه إخلال بواجب السعي على بعض الوجوه
وقد ذكرنا الأذان المعتبر فيه في كتاب الصلاة. قال كل ذلك يكره لما ذكرنا ولا
يفسد به البيع لأن الفساد في معنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة

(هامش: والشبهة — رسول الله — وهو أن)

قال ولا بأس ببيع من يزيد وتفسيره على ما بينا وقد صح أن النبي عليه السلام باع قدحا وحلسا
ببيع من يزيد ولأنه بيع الفقراء والحاجة ماسة إليه. **فصل** ومن ملك مملوكين صغيرين
أحدهما ذو رحم محرم من الآخر لم يفرق بينهما وكذلك إن كان أحدهما كبيرا والأصل فيه
قوله عليه السلام من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة
ووهب النبي عليه الصلاة والسلام لعلي رضي الله تعالى عنه غلامين أخوين صغيرين ثم قال له
ما فعلت بالغلامين فقال بعت أحدهما فقال صلى الله تعالى عليه وسلم أدرك أدرك
ويروى اردد اردد ولأن الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده
فكان في بيع أحدهما قطع الاستئناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على
الصغار وقد أوعد عليه ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه
محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما
لأن النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده ولا بد من اجتماعهما في ملكه
لما ذكرنا حتى لو كان أحد الصغيرين له والآخر لغيره لا بأس ببيع واحد منهما ولو
كان التفريق بحق مستحق لا بأس به كدفع أحدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده
بالعيب لأن المنظور إليه دفع الضرر عن غيره لا الإضرار به. قال فإن فرق كره
ذلك وجاز العقد وعن أبي يوسف أنه لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها
وعنه أنه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا فإن الأمر بالإدراك والرد لا يكون
إلا في البيع الفاسد ولهما أن ركن البيع صدر من أهله مضافا إلى محله وإنما الكراهة
لمعنى مجاور فشابه كراهة الاستيام. وإن كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما
لأنه ليس في معنى ما ورد به النص وقد صح أنه عليه السلام فرق بين مارية وسيرين
وكانتا أمتين أختين. **باب الإقالة** الإقالة جائزة في البيع بمثل الثمن
الأول لقوله عليه السلام من أقال نادما بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة ولأن العقد
حقهما فيملكان رفعه دفعا لحاجتهما. فإن شرط أكثر منه أو أقل فالشرط باطل ويرد
مثل الثمن الأول والأصل أن الإقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما
إلا أن لا يمكن جعله فسخا فتبطل وهذا عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف هو بيع إلا أن لا
يمكن جعله بيعا فيجعل فسخا إلا أن لا يمكن فتبطل لمحمد أن اللفظ للفسخ والرفع
ومنه يقال أقلني عثرتي فيوفر عليه قضيته وإذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع
ألا يرى أنه بيع في حق الثالث ولأبي يوسف أنه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو

(هامش: وعند محمد هو فسخ إلا إذا تعذر جعله فسخا فيجعل بيعا إلا أن لا يمكن فيبطل)

حق البيع ولهذا تبطل بهلاك السلعة وترد بالعيب وتثبت الشفعة وهي من احكام البيع
ولابي حنيفة ان اللفظ ينبئ عن الرفع والفسخ كما قلنا والاصل اعمال الالفاظ في مقتضياتها
الحقيقية ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند تعذره لانه ضده واللفظ لا يحتمل ضده
فتعين البطلان وكونه بيعا في حق الثالث امر ضروري لانه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك
لا مقتضى الصيغة اذ لا ولاية لهما على غيرهما اذا ثبت هذا نقول اذا شرط الاكثر فالاقالة
على الثمن الاول لتعذر الفسخ على الزيادة اذ رفع ما لم يكن ثابتا محال فيبطل الشرط لان
الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع لان الزيادة يمكن اثباتها في العقد
فيتحقق الربوا اما لا يمكن اثباتها في الرفع وكذا اذا شرط الاقل لما بينا الا ان يحدث
في المبيع عيب فحينئذ جازت الاقالة بالاقل لان الحط يجعل بازاء ما فات بالعيب وعندهما
في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند ابي يوسف وعند محمد جعله بيعا ممكن
فاذا زاد كان قاصدا بهذا البيع وكذا في شرط الاقل عند ابي يوسف لانه هو الاصل
عنده وعند محمد هو فسخ بالثمن الاول لانه سكوت عن بعض الثمن الاول ولو سكت
عن الكل واقال يكون فسخا فهذا اولى بخلاف ما اذا زاد واذا دخله عيب فهو فسخ بالاقل
لما بينا ولو اقال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ بالثمن الاول عند ابي حنيفة ويجعل
التسمية لغوا وعندهما بيع لما بينا ولو ولدت المبيعة ولدا ثم تقايلا فالاقالة باطلة
عنده لان الولد مانع من الفسخ وعندهما يكون بيعا والاقالة قبل القبض في المنقول
وغيره فسخ عند ابي حنيفة ومحمد وكذا عند ابي يوسف في المنقول لتعذر البيع وفي
العقار يكون بيعا عنده لامكان البيع فان بيع العقار قبل القبض جائز عنده قال
وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها لان رفع البيع يستدعي قيامه
وهو قائم بالمبيع دون الثمن فان هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي لقيام البيع
فيه ولو تقايضا تجوز الاقالة بعد هلاكهما ولا تبطل بهلاك احدهما لان
كل واحد منهما مبيع فكان البيع قائما

باب المرابحة والتولية

قال المرابحة
نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح والتولية نقل ما ملكه بالعقد
الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح والبيعان جائزان لاستجماع شرائط الجواز
والحاجة ماسة الى هذا النوع من البيع لان الغبي الذي لا يهتدي في التجارة يحتاج الى
ان يعتمد فعل الذكي المهتدي وتطيب نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح فوجب القول
بجوازهما ولهذا كان مبناهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها وقد صح

ان النبي عليه السلام لما اراد الهجرة ابتاع ابو بكر رضي الله عنه بعيرين فقال له النبي عليه السلام ولني احدهما
فقال هو لك بغير شيء فقال اما بغير ثمن فلا قال ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون
العوض مما له مثل لانه اذا لم يكن له مثل لو ملكه ملكه بالقيمة وهي مجهولة ولو كان
المشتري مرابحة ممن يملكه ذلك البدل وقد باعه بربح درهم او بشيء من المكيل موصوف
جاز لانه يقدر على الوفاء بما التزم وان باعه بربح ده يازده لا يجوز لانه باعه برأس
المال وببعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال ويجوز ان يضم الى رأس المال اجرة القصار
والصبغ والطراز والفتل واجرة حمل الطعام لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء
برأس المال في عرف التجار ولان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق به هذا هو الاصل
وما عددناه بهذه الصفة لان الصبغ واخواته يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة اذ
القيمة تختلف باختلاف المكان ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا كيلا يكون
كاذبا وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف اجرة الراعي وكراء بيت الحفظ لانه لا يزيد في
العين والمعنى وبخلاف اجرة التعليم لان ثبوت الزيادة لمعنى فيه وهو حذاقته قال فان اطلع
المشتري على خيانة في المرابحة فهو بالخيار عند ابي حنيفة ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء
تركه وان اطلع على خيانة في التولية اسقطها من الثمن وقال ابو يوسف يحط فيهما وقال
محمد يخير فيهما لمحمد ان الاعتبار للتسمية لكونه معلوما والتولية والمرابحة ترويج وترغيب
فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة فيتخير بفواته ولابي يوسف ان الاصل فيه كونه
تولية ومرابحة ولهذا ينعقد بقوله وليتك بالثمن الاول او بعتك مرابحة على الثمن الاول
اذا كان معلوما فلا بد من البناء على الاول وذلك بالحط غير انه يحط في التولية قدر الخيانة
من رأس المال وفي المرابحة منه ومن الربح ولابي حنيفة انه لو لم يحط في التولية لا تبقى
تولية لانه يزيد على الثمن الاول فيتغير التصرف فتعين الحط وفي المرابحة لو لم يحط
تبقى مرابحة وان كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف فامكن القول بالتخيير فلو هلك
قبل ان يرده او حدث فيه ما يمنع الفسخ يلزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لانه مجرد
خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الشرط والرؤية بخلاف خيار العيب لانه مطالبة
بتسليم الفائت فيسقط ما يقابله عند عجزه قال ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم
اشتراه فان باعه مرابحة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك فان كان استغرق الثمن لم
يبعه مرابحة وهذا عند ابي حنيفة وقالا يبيعه مرابحة على الثمن الاخير صورته اذا
اشترى بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة بخمسة ويقول

قام على خمسة ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين مرابحة ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة أصلا
وعندهما يبيعه مرابحة على العشرة في الفصلين لهما ان العقد الثاني عقد متجدد منقطع
الأحكام عن الأول فيجوز بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث ولأبي حنيفة ان
شبهة حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة لأنه يتأكد به بعدما كان على شرف السقوط
بالظهور على عيب والشبهة كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطا ولهذا لم تجز المرابحة
فيما أخذ بالصلح لشبهة الحطيطة فيصير كأنه اشترى خمسة وثوبا بعشرة فيطرح خمسة
بخلاف ما اذا تخلل ثالث لأن التأكد حصل بغيره قال واذا اشترى العبد المأذون له
في التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة
على عشرة وكذلك ان كان المولى اشتراه فباعه من العبد لأن في هذا العقد شبهة العدم لجوازه
مع المنافي فاعتبر عدما في حكم المرابحة وبقي الاعتبار للأول فيصير كأن العبد اشتراه للمولى
بعشرة في الفصل الأول وكأنه يبيعه للمولى في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الأول قال
واذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال
بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف لأن هذا البيع وان قضي بجوازه عندنا عند
عدم الربح خلافا لزفر مع انه اشترى ماله بماله لما فيه من استفادة ولاية التصرف وهو مقصود
والانعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم ألا ترى انه وكيل عنه في البيع الأول من وجه
فاعتبر البيع الثاني عدما في حق نصف الربح قال ومن اشترى جارية فاعورت او وطئها
وهي ثيب يبيعها مرابحة ولا يبين لأنه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن لأن الأوصاف تابعة
لا يقابلها الثمن ولهذا لو فاتت قبل التسليم لا يسقط شيء من الثمن وكذا منافع البضع لا يقابلها
الثمن والمسألة فيما اذا لم ينقصها الوطء وعن أبي يوسف في الفصل الأول انه لا يبيع من غير بيان
كما اذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي فان فقأ عينها بنفسه او فقأها أجنبي فأخذ أرشها
لم يبعها مرابحة حتى يبين لأنه صار مقصودا بالاتلاف فيقابله شيء من الثمن وكذا اذا
وطئها وهي بكر لأن العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها ولو اشترى
ثوبا فأصابه قرض فأر او حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان ولو تكسر بنشره وطيه
لا يبيعه مرابحة حتى يبين والمعنى ما بيناه قال ومن اشترى غلاما بألف درهم نسيئة فباعه
مرابحة ولم يبين فعلم المشتري فان شاء رده وان شاء قبل لأن للأجل شبها بالمبيع
ألا يرى انه يزاد في الثمن لأجل الأجل والشبهة في هذا ملحقة بالحقيقة فصار كأنه
اشترى شيئين وباع أحدهما مرابحة بثمنهما والاقدام على المرابحة يوجب السلامة عن مثل

هذه الخيانة فاذا ظهرت يخير كما في العيب وان استهلكه ثم علم لزمه بألف ومائة
لأن الأجل لا يقابله شيء من الثمن قال فان كان ولاه اياه ولم يبين رده ان شاء
لأن الخيانة في التولية مثلها في المرابحة لأنه بناء على الثمن الأول وان كان استهلكه ثم
علم لزمه بألف حالة لما ذكرنا وعن أبي يوسف انه يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير
ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد وعلم بعد الانفاق وسيأتيك من بعد ان شاء الله
وقيل يقوم بثمن حال وبمؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن الأجل مشروطا
في العقد ولكنه منجم معتاد قيل لا بد من بيانه لأن المعروف كالمشروط وقيل يبيعه ولا
يبينه لأن الثمن حال ومن ولى رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع
فاسد لجهالة الثمن فان علمه البائع يعني في المجلس جعل كابتداء العقد وصار كتأخير القبول
الى آخر المجلس وبعد الافتراق قد تقرر فلا يقبل الاصلاح ونظيره بيع الشيء برقمه اذا
علم في المجلس وانما يتخير لأن الرضا لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما في خيار الرؤية

فصل

ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول لم يجز له بيعه حتى يقبضه
لأنه صلى الله تعالى عليه وسلم نهى عن بيع ما لم يقبض ولأن فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار
الهلاك ويجوز بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز رجوعا
الى اطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول وصار كالاجارة ولهما ان ركن البيع صدر
من أهله في محله ولا غرر فيه لأن الهلاك في العقار نادر بخلاف المنقول و
الغرر المنهي عنه غرر انفساخ العقد والحديث معلول به عملا بدلائل الجواز والاجارة
قيل على هذا الخلاف ولو سلم فالمعقود عليه في الاجارة المنافع وهلاكها غير نادر
قال ومن اشترى مكيلا مكايلة او موزونا موازنة فاكتاله او اتزنه ثم باعه مكايلة
او موازنة لم يجز للمشتري منه ان يبيعه ولا ان يأكله حتى يعيد الكيل والوزن لأن
النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع
المشتري ولأنه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف في مال الغير
حرام فيجب التحرز عنه بخلاف ما اذا باعه مجازفة لأن الزيادة له وبخلاف ما اذا باع
الثوب مذارعة لأن الزيادة له اذ الذرع وصف في الثوب بخلاف القدر ولا معتبر
بكيل البائع قبل البيع وان كان بحضرة المشتري لأنه ليس صاع البائع والمشتري وهو
الشرط ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشتري لأن الكيل من باب التسليم لأن به يصير المبيع معلوما
ولا تسليم الا بحضرته ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري فقد قيل لا يكتفي به لظاهر

الحديث فانه اعتبرها عينين وقيل يكتفي به وهو الصحيح لان المبيع صار معلوما بكيل واحد
وتحقق معنى التسليم ومحل الحديث اجتماع الصفقتين على ما نبين في باب السلم ان شاء الله
ولو اشترى المعدود عددا فهو كالمذروع فيما يروى عنهما لانه ليس بمال الربوا وكالموزون
فيما يروى عن ابي حنيفة لانه لا يحل له الزيادة على المشروط قال والتصرف في الثمن قبل القبض
جائز لقيام المطلق وهو الملك وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك لعدم تعينها
بالتعيين بخلاف المبيع قال ويجوز للمشتري ان يزيد للبائع في الثمن ويجوز للبائع ان يزيد
في المبيع ويجوز ان يحط عن الثمن ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك فالزيادة والحط يلتحقان
باصل العقد وكذا الحط لان كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع فلا يمكن اخراجه فصار
برا مبتدأ ولنا انهما بالحط والزيادة يغيران العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع
وهو كونه خاسرا او رابحا او عدلا ولهما ولاية الرفع فاولى ان يكون لهما ولاية
التغيير وصار كما اذا اسقطا الخيار او شرطاه بعد العقد ثم اذا صح يلتحق باصل العقد
لان وصف الشيء يقوم به لا بنفسه بخلاف حط الكل لانه تبديل لاصله لا تغيير لوصفه
فلا يلتحق به وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق
في التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة ويباشر على الباقي في الحط وفي الشفعة
حتى ياخذ بما بقي في الحط وانما كان للشفيع ان ياخذ بدون الزيادة لما في الزيادة من
ابطال حقه الثابت فلا يملكانه ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لان
المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه والشيء يثبت ثم يستند بخلاف الحط لانه بحال
يمكن اخراج البدل عما يقابله فيلتحق باصل العقد استنادا ومن باع بثمن حال ثم اجله اجلا
معلوما صار مؤجلا لان الثمن حقه فله ان يؤخره تيسيرا على من عليه الا ترى انه يملك ابراءه
مطلقا فكذا موقتا ولو اجله الى اجل مجهول ان كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح
لا يجوز وان كانت متقاربة كالحصاد والدياس يجوز بمنزلة الكفالة وقد ذكرناه
من قبل وكل دين حال اذا اجله صاحبه صار مؤجلا لما ذكرنا الا القرض فان تاجيله
لا يصح لانه اعارة وصلة في الابتداء حتى يصح بلفظ الاعارة ولا يملكه من لا يملك
التبرع كالوصي والصبي ومعاوضة في الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التاجيل
فيه كما في الاعارة اذ لا جبر في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع
الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربوا وهذا بخلاف ما اذا اوصى ان يقرض من ماله الف درهم
فلانا الى سنة حيث يلزم من ثلثه ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة لانه وصية

لا يصح تاجيل القرض

بالتبرع

بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم حقا للموصي

باب الربوا

قال الربوا محرم في كل مكيل او موزون اذا بيع بجنسه متفاضلا فالعلة عندنا الكيل مع الجنس او الوزن مع الجنس
قال رضي الله عنه ويقال القدر مع الجنس وهو اشمل والاصل فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام
الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربوا وعد الاشياء الستة الحنطة والشعير والتمر
والملح والذهب والفضة على هذا المثال ويروى بروايتين بالرفع مثل وبالنصب مثلا
ومعنى الاول بيع التمر ومعنى الثاني بيعوا التمر والحكم معلول باجماع القائسين لكن العلة
عندنا ما ذكرناه وعنده الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان والجنسية شرط
والمساواة مخلص والاصل هو الحرمة عنده لانه نص على شرطين التقابض والمماثلة وكل ذلك
يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح فيعلل بعلة تناسب اظهار الخطر والعزة
وهو الطعم لبقاء الانسان به والثمنية لبقاء الاموال التي هي مناط المصالح بها ولا اثر
للجنسية في ذلك فجعلناه شرطا والحكم قد يدور مع الشرط ولنا انه اوجب المماثلة شرطا
في البيع وهو المقصود بسوقه تحقيقا لمعنى البيع اذ هو ينبئ عن التقابل وذلك بالتماثل
او صيانة لاموال الناس عن التوى او تتميما للفائدة باتصال التسليم به ثم يلزم عند فوته
حرمة الربوا والمماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوي الذات
والجنسية تسوي المعنى فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربوا لان الربوا هو الفضل المستحق
لاحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه ولا يعتبر الوصف لانه لا يعد
تفاوتا عرفا او لان في اعتباره سد باب البياعات او لقوله عليه السلام جيدها ورديها
سواء والطعم والثمنية من اعظم وجوه المنافع والسبيل في مثلها الاطلاق بابلغ الوجوه
لشدة الاحتياج اليها دون التضييق فيه فلا معتبر بما ذكره اذا ثبت هذا نقول اذا
بيع المكيل او الموزون بجنسه مثلا بمثل كيلا بكيل جاز البيع لوجود شرط الجواز
وهو المماثلة في المعيار الا ترى الى ما يروى مكان قوله مثلا بمثل كيلا بكيل وفي الذهب
وزنا بوزن وان تفاضلا لم يجز لتحقق الربوا ولا يجوز بيع الجيد بالردي مما فيه الربوا
الا مثلا بمثل لاهدار التفاوت في الوصف ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة
بالتفاحتين لان المساواة بالمعيار ولم يوجد فلم يتحقق الفضل ولهذا كان مضمونا
بالقيمة عند الاتلاف وعند الشافعي العلة هي الطعم ولا مخلص وهو المساواة فيحرم
وما دون نصف صاع في حكم الحفنة لانه لا تقدير في الشرع بما دونه ولو تبايعا مكيلا
او موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر

والجنس غير مع يجوز لعدم الطعم والثمنية. قال: واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه
حل التفاضل والنساء لعدم العلة المحرمة والاصل فيه الاباحة. واذا وجدا حرم التفاضل
والنساء لوجود العلة المحرمة. واذا وجد احدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء
مثل ان يسلم هرويا في هروي او حنطة في شعير فحرمة ربا الفضل بالوصفين وحرمة النساء
باحدهما. وقال الشافعي الجنس بانفراده لا يحرم النساء لان بالنقدية وعدمها لا تثبت الا
شبهة الفضل وحقيقة الفضل غير مانع فيه حتى يجوز بيع الواحد بالاثنين فالشبهة اولى
ولنا انه مال الربا من وجه نظرا الى القدر او الجنس والنقدية اوجبت فضلا في
اليد فتحقق شبهة الربا وهي مانعة كالحقيقة الا انه اذا اسلم النقود في الزعفران
ونحوه يجوز وان جمعهما الوزن لانهما لا يتفقان في صفة الوزن فان الزعفران
يوزن بالامناء وهو مثمن يتعين بالتعيين والنقود توزن بالسنجات وهو
ثمن لا يتعين بالتعيين ولو باع بالنقود موازنة وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن
وفي الزعفران واشباهه لا يجوز فاذا اختلفا فيه صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر
من كل وجه فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة. قال: وكل شيء نص رسول الله
صلى الله تعالى عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل ابدا وان ترك الناس الكيل فيه
مثل الحنطة والشعير والتمر والملح وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون
ابدا مثل الذهب والفضة لان النص اقوى من العرف والاقوى لا يترك بالادنى
وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس لانها دلالة وعن ابي يوسف انه يعتبر العرف
على خلاف المنصوص عليه ايضا لان النص على ذلك لمكان العادة فكانت هي المنظور
اليها وقد تبدلت فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساويا وزنا او الذهب بجنسه
متماثلا كيلا لا يجوز عندهما وان تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه
كما اذا باع مجازفة الا انه يجوز الاسلام في الحنطة ونحوها وزنا لوجود الاسلام
في معلوم. وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني معناه ما يباع بالاواقي لانها قدرت
بطريق الوزن حتى يحتسب ما يباع بها وزنا بخلاف غيرها من المكاييل واذا كان موزونا
فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة
قال: وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس لقوله عليه السلام
الفضة بالفضة هاء وهاء معناه يدا بيد وسنبين الفقه في الصرف ان شاء الله تعالى
قال: وما سواه مما فيه الربا يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقابض خلافا للشافعي في بيع الطعام

بالطعام له قوله عليه السلام في الحديث المعروف يدا بيد ولانه اذا لم يقبض في المجلس فيتعاقب
القبض وللنقد مزية فتثبت شبهة الربا. ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض
كالثوب وهذا لان الفائدة المطلوبة انما هو التمكن من التصرف ويترتب ذلك على التعيين
بخلاف الصرف لان القبض فيه ليتعين به. ومعنى قوله عليه السلام يدا بيد عينا بعين
وكذا رواه عبادة بن الصامت. وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتا في المال عرفا
بخلاف النقد والمؤجل. قال: ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والجوزة بالجوزتين
والتمرة بالتمرتين لانعدام المعيار فلا يتحقق الربا والشافعي يخالفنا فيه لوجود
الطعم على ما مر. ويجوز بيع الفلس بالفلسين باعيانهما عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال
محمد لا يجوز لان الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما واذا بقيت
اثمانا لا تتعين فصار كما اذا كانا بغير اعيانهما وكبيع الدرهم بالدرهمين ولهما ان
الثمنية في حقهما ثبتت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما
واذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين ولا يعود وزنيا لبقاء الاصطلاح
على العد اذ في نقضه في حق العد فساد العقد فصار كالجوزة بالجوزتين بخلاف
النقود لانها للثمنية خلقة وبخلاف ما اذا كانا بغير اعيانهما لانه كالئ بكالئ
وقد نهى النبي عليه السلام عنه وبخلاف ما اذا كان احدهما بغير عينه لان الجنس بانفراده
يحرم النساء. قال: ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق لان المجانسة باقية
من وجه لانهما من اجزاء الحنطة والمعيار فيهما الكيل لكن الكيل غير مسو بينهما
وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فلا يجوز وان كان كيلا بكيل
ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا لتحقق الشرط. وبيع الدقيق بالسويق
لا يجوز عند ابي حنيفة متفاضلا ولا متساويا لانه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية
ولا بيع السويق بالحنطة فكذا بيع اجزائهما لقيام المجانسة من وجه وعندهما
يجوز لانهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود قلنا معظم المقصود وهو التغذي
يشملهما ولا يبالي بفوات البعض كالمقلية مع غير المقلية والعلكة بالمسوسة
ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد اذا باعه بلحم من جنسه
لا يجوز الا اذا كان اللحم المفرز اكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي
بمقابلة السقط وان لم يكن كذلك يتحقق الربا من حيث زيادة السقط او من
حيث زيادة اللحم فصار كالخل بالسمسم. ولهما انه باع الموزون بما ليس بموزون

لان الحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن لانه يخفف نفسه تارة ويثقل
اخرى بخلاف تلك المسائل لان الوزن في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين
الثجير ويوزن الثجير قال ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز
لقوله عليه السلام حين سئل عنه اينقص اذا جف فقيل نعم فقال عليه السلام لا اذا وله ان الرطب
تمر لقوله عليه السلام حين اهدي رطبا اوكل تمر خيبر هكذا سماه تمرا وبيع التمر بمثله جائز
لما روينا ولانه لو كان تمرا جاز البيع باول الحديث وان كان غير تمر فباخره وهو قوله
عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ومدار ما روياه على زيد بن عياش
وهو ضعيف عند النقلة وكذلك الزبيب بالعنب يعني على الخلاف والوجه ما بيناه وقيل
لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالحنطة المقلية بغير المقلية والرطب بالرطب يجوز متماثلا
كيلا عندنا لانه بيع التمر بالتمر وكذا بيع الحنطة الرطبة او المبلولة بمثلها او باليابسة
او التمر او الزبيب المنقع بالمنقع منهما عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز جميع
ذلك لانه يعتبر المساواة في اعدل الاحوال وهو المآل وابو حنيفة يعتبره في الحال
وكذا ابو يوسف عملا باطلاق الحديث الا انه ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لما روينا
ووجه الفرق لمحمد بين هذه الفصول وبين الرطب بالرطب ان التفاوت فيها يظهر
مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد عليه العقد وفي الرطب بالتمر مع بقاء احدهما
على ذلك فيكون تفاوتا في عين المعقود عليه وفي الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال
ذلك الاسم فلم يكن تفاوتا في المعقود عليه فلا يعتبر ولو باع البسر بالتمر متفاضلا
لا يجوز لان البسر تمر بخلاف الكفرى حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد
لانه ليس بتمر فان هذا الاسم له من اول ما ينعقد صورة لا قبله والكفرى عددي
متفاوت حتى لو باع التمر به نسيئة لا يجوز للجهالة ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت
والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج اكثر مما في الزيتون والسمسم فيكون الدهن
بمثله والزيادة بالثجير لان عند ذلك يعرى عن الربوا اذ ما فيه من الدهن موزون
وهذا لان ما فيه لو كان اكثر او مساويا له فالثجير وبعض الدهن او الثجير وحده فضل
فلو لم يعلم مقدار ما فيه لا يجوز لاحتمال الربوا والشبهة فيه كالحقيقة والجوز بدهنه
واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار واختلفوا في القطن
بغزله والكرباس بالقطن كيف ما كان يجوز بالاتفاق قال ويجوز بيع اللحمان المختلفة
بعضها ببعض متفاضلا ومراده لحم الابل والبقر والغنم فاما البقر والجواميس جنس

وكذا المعز مع الضأن وكذا العراب مع البخاتي قال وكذلك البان البقر والغنم
وعن الشافعي انها جنس واحد لاتحاد المقصود ولنا ان الاصول مختلفة حتى لا يكمل نصاب
احدهما بالآخر في الزكوة فكذا اجزاؤها اذا لم تتبدل بالصنعة قال وكذا خل الدقل
بخل العنب للاختلاف بين اصليهما فكذا بين مائيهما ولهذا كان عصيراهما جنسين وشعر
المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد قال وكذا شحم البطن بالالية او باللحم
لانها اجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا قال ويجوز
بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا لان الخبز صار عدديا او موزونا فخرج من ان
يكون مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة وعن ابي حنيفة انه لا خير فيه والفتوى على الاول
وهذا اذا كانا نقدين فان كانت الحنطة نسيئة جاز ايضا وان كان الخبز نسيئة يجوز
عند ابي يوسف وعليه الفتوى وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح ولا خير في استقراضه
عددا او وزنا عند ابي حنيفة لانه يتفاوت بالخبز والخباز والتنور والتقدم والتاخر
وعند محمد يجوز بهما للتعامل وعند ابي يوسف يجوز وزنا ولا يجوز عددا للتفاوت
في آحاده قال ولا ربوا بين المولى وعبده لان العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق
الربوا وهذا اذا كان ماذونا له ولم يكن عليه دين وان كان عليه دين لا يجوز
لان ما في يده ليس ملك المولى عند ابي حنيفة وعندهما تعلق به حق الغرماء فصار كالاجنبي
فيتحقق الربوا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه قال ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب
خلافا لابي يوسف والشافعي لهما الاعتبار بالمستأمن منهم في دارنا ولنا قوله عليه السلام
لا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب ولان مالهم مباح في دارهم فباي طريق اخذه
المسلم اخذ مالا مباحا اذا لم يكن فيه غدر بخلاف المستأمن منهم لان ماله صار محظورا
بعقد الامان

باب الحقوق

ومن اشترى منزلا فوقه منزل فليس له الاعلى
الا ان يشتريه بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير هو له فيه او منه ومن
اشترى بيتا فوقه بيت بكل حق لم يكن له الاعلى ومن اشترى دارا بحدودها فله
العلو والكنيف جمع بين البيت والمنزل والدار فاسم الدار ينتظم العلو لانه اسم لما ادير
عليه الحدود والعلو من توابع الاصل واجزائه فيدخل فيه والبيت اسم لما يبات
فيه والعلو مثله والشيء لا يكون تبعا لمثله فلا يدخل فيه الا بالتنصيص عليه والمنزل
بين الدار والبيت لانه يتأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور اذ لا يكون فيه منزل
الدواب فلشبهه بالدار يدخل فيه العلو تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل

بيوته وقيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك لان كل مسكن يسمى خانه ولا يخلو
عن علو وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف لانه من توابعه ولا يدخل الظلة
الا بذكر ما ذكرنا عند ابي حنيفة لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما
ان كان مفتحه في الدار يدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا لانه من توابعه فشابه الكنيف
قال ومن اشترى بيتا في دار او منزلا او مسكنا لم يكن له الطريق الا ان يشتريه بكل حق
هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل لانه خارج الحدود الا
انه من التوابع فيدخل بذكر التوابع بخلاف الاجارة لانها تعقد للانتفاع ولا يتحقق
الا به اذ المستاجر لا يشتري الطريق عادة ولا يستاجره فيدخل تحصيلا للفائدة
المطلوبة منه اما الانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لان المشتري عادة يشتريه وقد يتجر فيه
فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة

باب الاستحقاق

ومن اشترى جارية فولدت
عنده فاستحقها رجل ببينة فانه ياخذها وولدها وان اقر بها لرجل لم يتبعها ولدها
ووجه الفرق ان البينة حجة مطلقة فانها كاسمها مبينة فيظهر بها ملكه من الاصل والولد
كان متصلا بها فيكون له اما الاقرار حجة قاصرة يثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة
الاخبار وقد اندفعت بالاثبات بعد الانفصال فلا يكون الولد له ثم قيل يدخل الولد
في القضاء بالام تبعا وقيل يشترط القضاء بالولد واليه تشير المسائل فان
القاضي اذا لم يعلم بالزوائد قال محمد لا تدخل الزوائد في الحكم وكذا الولد اذا كان في يد غيره
لا يدخل تحت الحكم بالام قال ومن اشترى عبدا فاذا هو حر وقد قال العبد للمشتري اشترني
فاني عبد فان كان البائع حاضرا او غائبا غيبة معروفة لم يكن على العبد شيء وان
كان البائع لا يدرى اين هو رجع المشتري على العبد ورجع هو على البائع وان ارتهن
عبدا مقرا بالعبودية فوجده حرا لم يرجع عليه على كل حال وعن ابي يوسف انه لا يرجع
فيهما لان الرجوع بالمعاوضة او بالكفالة والموجود ليس الا الاخبار كاذبا
كما اذا قال الاجنبي ذلك او قال ارتهني فاني عبد وهي المسئلة الثانية ولهما ان المشتري
شرع في الشراء معتمدا على امره واقراره باني عبد اذ القول له في الحرية فيجعل
العبد بالامر بالشراء ضامنا للثمن له عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للضرر والغرور
ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه والبيع عقد معاوضة فامكن ان يجعل الامر به
ضمانا للسلامة كما هو موجبه بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء
عين حقه حتى يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الامر به

ضمانا

ضمانا للسلامة بخلاف الاجنبي لانه لا يعبأ بقوله فلا يتحقق الغرور ونظيره مسئلتنا
قول المولى بايعوا عبدي هذا فاني قد اذنت له ثم ظهر الاستحقاق يرجعون عليه
بقيمته ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول ابي حنيفة لان الدعوى شرط في حرية
العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى وقيل اذا كان الوضع في حرية الاصل فالدعوى
فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج الام وقيل هو شرط لكن التناقض غير مانع
لخفاء العلوق وان كان الوضع في الاعتاق فالتناقض لا يمنع لاستبداد المولى به
وصار كالمختلعة تقيم البينة على الطلاق الثلاث قبل الخلع والمكاتب يقيمها على
الاعتاق قبل الكتابة قال ومن ادعى حقا في دار معناه حقا مجهولا فصالحه الذي
هو في يده على مائة درهم فاستحقت الدار الا ذراعا منها لم يرجع بشيء لان للمدعي ان
يقول دعواي في هذا الباقي وان ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم فاستحق منها
شيء رجع بحسابه لان التوفيق غير ممكن فوجب الرجوع ببدله عند فوات سلامة المبدل
ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على معلوم جائز لان الجهالة فيما يسقط لا تفضي الى
المنازعة

فصل في بيع الفضولي

قال ومن باع ملك غيره بغير امره فالمالك بالخيار
ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ وقال الشافعي لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية
شرعية لانها بالملك او باذن المالك وقد فقدا ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية
ولنا انه تصرف تمليك وقد صدر من اهله في محله فوجب القول بانعقاده اذ لا ضرر
فيه للمالك مع تخييره بل فيه نفعه حيث يكفى مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وغيره وفيه
نفع العاقد لصون كلامه عن الالغاء وفيه نفع المشتري فثبت القدرة الشرعية تحصيلا
لهذه الوجوه كيف وان الاذن ثابت دلالة لان العاقل ياذن في التصرف النافع
قال وله الاجازة اذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما لان الاجازة
تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه واذا اجاز
المالك كان الثمن مملوكا له امانة في يده بمنزلة الوكيل لان الاجازة اللاحقة بمنزلة
الوكالة السابقة وللفضولي ان يفسخ قبل الاجازة دفعا للحقوق عن نفسه بخلاف
الفضولي في النكاح لانه معبر محض هذا اذا كان الثمن دينا فان كان عرضا معينا
انما تصح الاجازة اذا كان العرض باقيا ايضا ثم الاجازة اجازة نقد لا
اجازة عقد حتى يكون العرض الثمن مملوكا للفضولي وعليه مثل المبيع ان كان مثليا
او قيمته ان لم يكن مثليا لانه شراء من وجه والشراء لا يتوقف على الاجازة ولو

هلاك المالك لا ينفذ باجازة الوارث في الفصلين لانه توقف على اجازة المورث
لنفسه فلا يجوز باجازة غيره ولو اجاز المالك في حياته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع
في قول ابي يوسف اولا وهو قول محمد لان الاصل بقاؤه ثم رجع ابو يوسف وقال
لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة فلا يثبت مع
الشك قال ومن غصب عبدا فباعه واعتقه المشتري ثم اجاز المولى البيع فالعتق جائز
استحسانا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز لانه لا عتق بدون الملك
قال عليه السلام لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم والموقوف لا يفيد الملك ولو ثبت في الآخرة
يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه والمصحح للاعتاق الملك الكامل لما روينا
ولهذا لا يصح ان يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان ولا ان يعتق المشتري والخيار
للبائع ثم يجيز البائع وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع انه اسرع
نفاذا حتى ينفذ من الغاصب اذا ادى الضمان وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب
اذا ادى الغاصب الضمان ولهما ان الملك ثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع
لافادة الملك ولا ضرر فيه على ما مر فتوقف الاعتاق مرتبا عليه وينفذ بنفاذه
وصار كاعتاق المشتري من الراهن واعتاق الوارث عبدا من التركة وهي مستغرقة
بالديون يصح وينفذ اذا قضى الديون بعد ذلك بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه
لان الغصب غير موضوع لافادة الملك وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار البائع
لانه ليس بمطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده في حق الحكم اصلا وبخلاف المشتري
من الغاصب اذا باع لان بالاجازة يثبت للبائع ملك بات فاذا طرأ على ملك
موقوف لغيره ابطله واما اذا ادى الغاصب الضمان ينفذ اعتاق المشتري منه كذا ذكره
هلال وهو الاصح قال فان قطعت يد العبد فاخذ ارشها ثم اجاز المولى البيع فالارش للمشتري
لان الملك قد تم له من وقت الشراء فتبين ان القطع حصل على ملكه وهذه حجة على محمد
والعذر له ان الملك من وجه يكفي لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا قطعت يده
واخذ الارش ثم رد في الرق يكون الارش للمولى وكذا اذا قطعت يد المشتري
في يد المشتري والخيار للبائع ثم اجيز البيع فالارش للمشتري بخلاف الاعتاق على ما مر
ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لانه لم يدخل في ضمانه او فيه شبهة عدم الملك
قال فان باعه المشتري من آخر ثم اجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثاني لما ذكرناه
ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول والبيع يفسد به بخلاف

كذا خ
حقي م
ط ءا ط

الاعتاق عندهما لانه لا يؤثر فيه الغرر قال فان لم يجزه المشتري حتى مات في يده او قتل ثم اجاز
البيع لم يجز لما ذكرنا ان الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت
وكذا بالقتل اذ لا يمكن ايجاب البدل للمشتري بالقتل حتى يعد باقيا ببقاء البدل لانه
لا ملك للمشتري عند القتل ملكا يقابل بالبدل فيتحقق الفوات بخلاف البيع الصحيح لان ملك
المشتري ثابت فامكن ايجاب البدل له فيكون المبيع قائما بقيام خلفه قال ومن باع
عبد غيره بغير امره واقام المشتري البينة على اقرار البائع او رب العبد انه لم يأمره
بالبيع واراد رد البيع لم تقبل بينته للتناقض في الدعوى اذ الاقدام على الشراء
اقرار منه بصحته والبينة مبنية على صحة الدعوى وان اقر البائع بذلك عند القاضي
بطل البيع ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار فللمشتري ان يساعده
على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما فلهذا شرط طلب المشتري قال رضي الله عنه وذكر في الزيادات
ان المشتري اذا صدق مدعيه ثم اقام البينة على اقرار البائع انه للمستحق
تقبل وفرقوا ان العبد في هذه المسألة في يد المشتري وفي تلك في يد غيره وهو المستحق
وشرط الرجوع بالثمن ان لا يكون العين سالما للمشتري قال ومن باع دار رجل وادخلها
المشتري في بنائه لم يضمن البائع عند ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف آخرا وكان يقول اولا
يضمن البائع وهو قول محمد وهي مسألة غصب العقار وسنبينها في الغصب ان شاء الله تعالى

باب السلم

السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة فقد قال
ابن عباس رضي الله عنهما اشهد ان الله احل السلف المضمون وانزل فيها اطول
آية في كتابه وتلا قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الآية وبالسنة وهو ما روي
انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والقياس وان كان يأباه
ولكنا تركناه بما رويناه ووجه القياس انه بيع المعدوم اذ المبيع هو المسلم فيه
قال وهو جائز في المكيلات والموزونات لقوله عليه السلام من اسلم منكم فليسلم
في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير
لانهما اثمان والمسلم فيه لا بد ان يكون مثمنا فلا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون باطلا
وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بقدر الامكان والعبرة
في العقود للمعاني والاول اصح لان التصحيح انما يجب في محل اوجبا العقد فيه
ولا يمكن قال وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة ولا بد
منها لترتفع الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز

بملكه خ
سنبينه خ
كتاب خ
بحسب خ
ذلك خ
والصنعة م

في البيض لأن العددي المتقارب معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم فيجوز
السلم فيه والصغير والكبير سواء لاصطلاح الناس على إهدار التفاوت بخلاف البطيخ
والرمان لأنه يتفاوت آحاده تفاوتاً فاحشاً وبتفاوت الآحاد في المالية يعرف
العددي المتفاوت وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز في بيض النعامة لأن آحاده تتفاوت
في المالية ثم كما يجوز السلم فيها عدداً يجوز كيلاً وقال زفر لا يجوز كيلاً لأنه عددي وليس
بمكيل وعنه أنه لا يجوز عدداً أيضاً للتفاوت ولنا أن المقدار مرة يعرف بالعدد وتارة
بالكيل وإنما صار معدوداً بالاصطلاح فيصير مكيلاً باصطلاحهما وكذا في الفلوس عدداً
وقيل هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد لا يجوز لأنها أثمان ولهما أن الثمنية في
حقهما باصطلاحهما فتبطل باصطلاحهما ولا تعود وزنياً وقد ذكرناه من قبل ولا يجوز
السلم في الحيوان وقال الشافعي يجوز لأنه يصير معلوماً ببيان الجنس والسن والنوع والصفة
والتفاوت بعد ذلك يسير فأشبه الثياب ولنا أنه بعد ذكر ما ذكر يبقى تفاوت فاحش
في المالية باعتبار المعاني الباطنة فيفضي إلى المنازعة بخلاف الثياب فإنه مصنوع العباد
فقلما يتفاوت الثوبان إذا نسجا على منوال واحد وقد صح أن النبي عليه السلام نهى عن السلم
في الحيوان ويدخل فيه جميع أجناسه حتى العصافير قال ولا في أطرافه كالرؤوس والأكارع
للتفاوت إذ هو عددي متفاوت لا مقدر لها قال ولا في الجلود عدداً ولا في الحطب
حزماً ولا في الرطبة جرزاً للتفاوت إلا إذا عرف ذلك بأن بين طول ما يشد به الحزمة
أنه شبر أو ذراع فحينئذ يجوز إذا كان على وجه لا يتفاوت قال ولا يجوز السلم حتى يكون
المسلم فيه موجوداً من حين العقد إلى حين المحل حتى لو كان منقطعاً عند العقد موجوداً
عند المحل أو على العكس أو منقطعاً فيما بين ذلك لا يجوز وقال الشافعي يجوز إذا كان
موجوداً وقت المحل لوجود القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا قوله عليه السلام لا تسلفوا
في الثمار حتى يبدو صلاحها ولأن القدرة على التسليم بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود
في مدة الأجل ليتمكن من التحصيل ولو انقطع بعد المحل فرب السلم بالخيار إن شاء فسخ السلم
وإن شاء انتظر وجوده لأن السلم قد صح والعجز الطارئ على شرف الزوال فصار
كإباق المبيع قبل القبض قال ويجوز السلم في السمك المالح وزناً معلوماً وضرباً معلوماً
لأنه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم إذ هو غير منقطع ولا يجوز السلم فيه
عدداً للتفاوت ولا خير في السلم في السمك الطري إلا في حينه وزناً معلوماً وضرباً
معلوماً لأنه ينقطع في زمان الشتاء حتى لو كان في بلد لا ينقطع يجوز مطلقاً وإنما

يجوز وزناً لا عدداً لما ذكرنا وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز في لحم الكبار منها وهي التي
تقطع اعتباراً بالسلم في اللحم عنده قال ولا خير في السلم في اللحم عند أبي حنيفة وقالا
إذا وصف من اللحم موضعاً معلوماً بصفة معلومة جاز لأنه موزون مضبوط الوصف
ولهذا يضمن بالمثل ويجوز استقراضه وزناً ويجري فيه ربا الفضل بخلاف لحم
الطيور لأنه لا يمكن وصف موضع منه وله أنه مجهول للتفاوت في قلة العظم وكثرته
أو في سمنه وهزاله على اختلاف فصول السنة وهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة وفي
مخلوع العظم لا يجوز على الوجه الثاني وهو الأصح والتضمين بالمثل ممنوع وكذا
الاستقراض وبعد التسليم فالمثل أعدل من القيمة ولأن القبض يعاين فيعرف مثل المقبوض به
في وقته أما الوصف فلا يكتفى به قال ولا يجوز السلم إلا مؤجلاً وقال الشافعي يجوز
حالاً لإطلاق الحديث ورخص في السلم ولنا قوله صلى الله تعالى عليه وسلم إلى أجل معلوم
فيما رويناه ولأنه شرع رخصة دفعاً لحاجة المفاليس فلا بد من الأجل ليقدر على التحصيل
فيه فيسلم ولو كان قادراً على التسليم لم يوجد المرخص فبقي على النافي قال ولا يجوز إلا
بأجل معلوم لما روينا ولأن الجهالة فيه مفضية إلى المنازعة كما في البيع والأجل أدناه
شهر وقيل ثلاثة أيام وقيل أكثر من نصف يوم والأول أصح قال ولا يجوز
السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه معناه إذا لم يعرف مقداره لأنه تأخر
فيه التسليم فربما يضيع فيؤدي إلى المنازعة وقد مر من قبل ولا بد أن يكون المكيال مما
لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع مثلاً فإن كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب
لا يجوز للمنازعة إلا في قرب الماء للتعامل فيه كذا عن أبي يوسف قال ولا في طعام
قرية بعينها أو ثمرة نخلة بعينها لأنه قد يعتريه آفة فلا قدرة على التسليم وإليه أشار
عليه السلام حيث قال أرأيت لو أذهب الله الثمر بم يستحل أحدكم مال أخيه ولو كانت النسبة
إلى قرية لبيان الصفة لا بأس به على ما قالوا كالخشمراني ببخارا والبساخي بفرغانة
قال ولا يصح السلم عند أبي حنيفة إلا بسبع شرائط جنس معلوم كقولنا حنطة أو شعير
ونوع معلوم كقولنا سقية أو بخسية وصفة معلومة كقولنا جيد أو رديء ومقدار
معلوم كقولنا كذا كيلاً بمكيال معروف وكذا وزناً وأجل معلوم والأصل فيه ما
رويناه والفقه فيه ما بيناه ومعرفة مقدار رأس المال إذا كان يتعلق العقد على مقداره
كالمكيل والموزون والمعدود وتسمية المكان الذي يوفيه فيه إذا كان له حمل ومؤنة
وقالا لا يحتاج إلى تسمية رأس المال إذا كان معيناً ولا إلى مكان التسليم ويسلمه في موضع

العقد فيها تأن مسلمان ولهما في الاولى ان المقصود يحصل بالاشارة فاشبه الثمن والاجرة
وصار كالثوب ولابي حنيفة انه ربما يوجد بعضها زيوفا ولا يستبدل في المجلس فلو لم يعلم قدره
لا يدري في كم بقي او ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج الى رد رأس المال والموهوم
في هذا العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافي بخلاف ما اذا كان رأس المال ثوبا لان الذرع
وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره ومن فروعه اذا اسلم في جنسين ولم يبين رأس مال
كل واحد منهما او اسلم جنسين ولم يبين مقدار احدهما ولهما في الثانية ان مكان العقد يتعين
لوجود العقد الموجب للتسليم فيه ولانه لا يزاحمه فيه مكان آخر فيصير نظير اول اوقات
الامكان في الاوامر وصار كالقرض والغصب ولابي حنيفة ان التسليم في مكان العقد غير
واجب في الحال فلا يتعين مكان العقد بخلاف القرض والغصب واذا لم يتعين فالجهالة
فيه تفضي الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف المكان فلا بد من البيان وصار
كجهالة الصفة وعن هذا قال من قال من المشايخ ان الاختلاف فيه عنده يوجب التحالف
كما في الصفة وقيل على عكسه لان تعين المكان قضية العقد عندهما وعلى هذا الخلاف الثمن على م
والاجرة والقسمة وصورتها اذا اقتسما دارا وجعلا مع نصيب احدهما شيئا له حمل
ومؤنة وقيل لا يشترط ذلك في الثمن والصحيح انه يشترط اذا كان مؤجلا وهو اختيار
شمس الائمة السرخسي وعندهما يتعين مكان الدار ومكان تسليم الدابة للايفاء قال
وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء بالاجماع لانه لا تختلف
قيمته ويوفيه في المكان الذي اسلم فيه قال رضي الله عنه وهذا رواية الجامع الصغير والبيوع
وذكر في الاجارات انه يوفيه في اي مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء
ولا وجوب في الحال ولو عين مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد وقيل يتعين لانه يفيد
سقوط خطر الطريق ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفى به لانه مع تباين اطرافه
كبقعة واحدة فيما ذكرنا قال ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل ان يفارقه فيه اما السلم م
اذا كان من النقود فلانه افتراق عن دين بدين وقد نهى النبي عليه السلام عن الكالي
بالكالي وان كان عينا فلان السلم اخذ عاجل باجل اذ الاسلام والاسلاف ينبئان
عن التعجيل فلا بد من قبض احد العوضين ليتحقق معنى الاسم ولانه لا بد من تسليم رأس المال
ليتقلب المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم ولهذا قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط اليه م
لهما او لاحدهما لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم وكذا
لا يثبت فيه خيار الرؤية لانه غير مفيد بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض

ولو

ولو اسقط خيار الشرط قبل الافتراق ورأس المال قائم جاز خلافا لزفر وقد مر نظيره
وجملة الشروط جمعوها في قولهم اعلام رأس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه وتأجيله وبيان
مكان الايفاء والقدرة على تحصيله فان اسلم مائتي درهم في كر حنطة مائة منها دين
على المسلم اليه ومائة نقد فالسلم في حصة الدين باطل لفوات القبض ويجوز في حصة النقد
لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لان الفساد طارئ اذ السلم وقع صحيحا ولهذا
لو نقد رأس المال قبل الافتراق صح الا انه يبطل بالافتراق لما بينا وهذا لان الدين انها م
لا يتعين في البيع الا ترى انهما لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل البيع
فينعقد صحيحا قال ولا يجوز التصرف في رأس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض اما الاول
فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد واما الثاني فلان المسلم فيه لانه تصرف فيه
مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز ولا تجوز الشركة والتولية م
فان تقايلا السلم لم يكن له ان يشتري من المسلم اليه برأس المال شيئا حتى يقبضه كله
لقوله عليه السلام لا تأخذ الا سلمك او رأس مالك اي عند الفسخ ولانه اخذ شبها هذا م
بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه ولان الاقالة بيع جديد في حق ثالث
ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه فجعل رأس المال مبيعا لانه دين مثله الا انه
لا يجب قبضه في المجلس لانه ليس في حكم الابتداء من كل وجه وفيه خلاف زفر والحجة
عليه ما ذكرناه قال ومن اسلم في كر فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا
وامر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء وان امره ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه
فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز لانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل
مرتين لنهي النبي عليه السلام عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان وهذا هو محمل
الحديث على ما مر والسلم وان كان سابقا لكن قبض المسلم فيه لاحق وانه بمنزلة ابتداء
البيع لان العين غير الدين حقيقة وان جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال
فيتحقق البيع بعد الشراء فان لم يكن سلما وكان قرضا فامره بقبض الكر جاز لان
القرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظ الاعارة فكان المردود عين المأخوذ مطلقا حكما مصاب
فلا تجتمع الصفقتان في كر قال ومن اسلم في كر فامر رب السلم ان يكيله المسلم اليه قضاء
في غرائر رب السلم ففعل وهو غائب لم يكن قبضا لان الامر بالكيل لم يصح لانه
لم يصادف ملك الامر لان حقه في الدين دون العين فصار المسلم اليه مستعيرا
للغرائر منه وقد جعل ملك نفسه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع
اليه كيسا ليزنها المدين فيه لم يصر قابضا ولو كانت الحنطة مشتراة والمسألة بحالها

ان امره

صار قابضا لان الامر قد صح حيث صادف ملكه لانه ملك العين بالبيع الا يرى انه
لو امره بالطحن كان الطحين في السلم للمسلم اليه وفي الشراء للمشتري لصحة الامر وكذا اذا امره لو امره
ان يصبه في البحر في السلم يهلك من مال المسلم اليه وفي الشراء من مال المشتري ويتقرر
الثمن عليه لما قلنا وهذا يكتفى بذلك الكيل في الشراء في الصحيح لانه نائب عنه في الكيل
والقبض بالوقوع في غرائر المشتري ولو امره في الشراء ان يكيله في غرائر البائع ففعل
لم يصر قابضا لانه استعار غرائره ولم يقبضها فلا يصير الغرائر في يده فكذا ما يقع
فيه فصار كما لو امره ان يكيله ويعزله في ناحية من بيت البائع لان البيت بنواحيه في
يده فلم يصر المشتري قابضا ولو اجتمع الدين والعين والغرائر للمشتري ان بدأ بالعين
يصير قابضا اما العين فلصحة الامر فيه واما الدين فلاتصاله بملكه وبمثله يصير قابضا
كمن استقرض حنطة وامره ان يزرعها في ارضه وكمن دفع الى صائغ خاتما وامره
ان يزيد من عنده نصف دينار وان بدأ بالدين لم يصر قابضا اما الدين فلعدم صحة الامر
واما العين فلانه خلطه بملكه قبل التسليم فصار مستهلكا عند ابي حنيفة فينتقض البيع
وهذا الخلط غير مرضي به من جهته لجواز ان يكون مراده البداية بالعين وعندهما هو البداية ط
بالخيار ان شاء نقض البيع وان شاء شاركه في المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما
قال ومن اسلم جارية في كر حنطة وقبضها المسلم اليه ثم تقايلا فماتت في يد المشتري
فعليه قيمتها يوم قبضها ولو تقايلا بعد هلاك الجارية جاز لان صحة الاقالة تعتمد
بقاء العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعا فيجب ردها عليه وقد عجز فيجب رد قيمتها
ولو اشترى جارية بالف ثم تقايلا فماتت في يد المشتري بطلت الاقالة وان تقايلا
بعد موتها فالاقالة باطلة لان المعقود عليه في البيع انما هو الجارية ولا يبقى العقد
بعد هلاكها فلا تصح الاقالة ابتداء ولا تبقى انتهاء لانعدام محله وهذا بخلاف المقايضة
حيث تصح الاقالة وتبقى بعد هلاك احد العوضين لان كل واحد منهما مبيع فيه ومن
اسلم الى رجل دراهم في كر حنطة فقال المسلم اليه شرطت لك رديا وقال رب السلم لم تشترط
شيئا فالقول قول المسلم اليه لان رب السلم متعنت في انكاره الصحة لان المسلم فيه يربو على
رأس المال في العادة وفي عكسه قالوا يجب ان يكون القول لرب السلم عند ابي حنيفة لانه يدعي
الصحة وان كان صاحبه منكرا وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكر وان انكر الصحة وسنقرره
من بعد ان شاء الله تعالى ولو قال المسلم اليه لم يكن له اجل وقال رب السلم بل كان له اجل فالقول
قول رب السلم لان المسلم اليه متعنت في انكاره حقا له وهو الاجل والفساد لعدم الاجل

وزنه

والمراد به المسلم اليه

الصحيح الا عند

وذلك بقيام المعقود عليه وفي السلم المعقود عليه انما هو المسلم فيه فصحت الاقالة حال بقائه واذا جاز ابتداء اولى ان يبقى انتهاء لان البقاء اسهل اذا انفسخ العقد

عرمس

غير متيقن لمكان الاجتهاد فلا يعتبر النفع في رد رأس المال بخلاف عدم الوصف وفي
عكسه القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقا عليه فيكون القول قوله وان انكر الصحة كرب
المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح وزيادة عشرة وقال المضارب لا
بل شرطت لي نصف الربح فالقول لرب المال لانه ينكر استحقاق الربح وان انكر الصحة
وعند ابي حنيفة القول للمسلم اليه لانه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد
فكانا متفقين على الصحة ظاهرا بخلاف مسئلة المضاربة لانه ليس بلازم فلم يعتبر
الاختلاف فيه فبقي مجرد دعوى استحقاق الربح اما السلم فلازم فصار الاصل
ان من خرج كلامه تعنتا فالقول لصاحبه بالاتفاق وان خرج خصومة ووقع الاتفاق
على عقد واحد فالقول لمدعي الصحة عنده وعندهما للمنكر وان انكر الصحة قال ويجوز
السلم في الثياب اذا بين طولا وعرضا ورقعة لانه اسلم في معلوم مقدور التسليم على ما ذكرنا
وان كان ثوب حرير لا بد من بيان الوزن ايضا لانه مقصود فيه ولا يجوز السلم في الجواهر
ولا في الخرز لان آحادها تتفاوت تفاوتا فاحشا وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنا
يجوز السلم لانه مما يعلم بالوزن ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر اذا سمى ملبنا معلوما
لانه عددي متقارب لا سيما اذا سمى الملبن قال وكل ما امكن ضبط صفته ومعرفة مقداره
جاز السلم فيه لانه لا يفضي الى المنازعة وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز
السلم فيه لانه دين وبدون الوصف يبقى مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة قال ولا
بأس بالسلم في طست او قمقمة او خفين ونحو ذلك اذا كان يعرف لاجتماع شرائط السلم
وان كان لا يعرف فلا خير فيه لانه دين مجهول قال وان استصنع شيئا من ذلك
بغير اجل جاز استحسانا للاجماع الثابت بالتعامل وفي القياس لا يجوز لانه بيع
المعدوم والصحيح انه يجوز بيعا لا عدة والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما والمعقود عليه
العين دون العمل حتى لو جاء به مفروغا عنه لا من صنعته او من صنعته قبل العقد فاخذه
جاز ولا يتعين الا بالاختيار حتى لو باعه الصانع قبل ان يراه المستصنع جاز وهذا
كله هو الصحيح قال وهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لانه اشترى شيئا لم يره
ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط وهو الاصح وعن ابي حنيفة ان له الخيار ايضا
لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر وهو قطع الصرم وغيره وعن ابي يوسف
انه لا خيار لهما اما الصانع فلما ذكرنا واما المستصنع فلان في اثبات الخيار له اضرارا
بالصانع لانه لا يشتريه غيره بمثله ولا يجوز فيما لا تعامل فيه كالثياب لعدم المجوز

وفي بعض النسخ الا عشرة مال قوله دراهم عشرة

ق

وفي المغرب يقال رقعة الثوب جيد يراد غلظه وثخانته وهو مجاز عن اللسان

في

وفيما فيه تعامل انما يجوز اذا امكن اعلامه بالوصف ليمكن التسليم وانما قال بغير اجل
لانه لو ضرب الاجل فيما فيه تعامل يصير سلما عند ابي حنيفة خلافا لهما ولو ضرب فيما لا
تعامل فيه يصير سلما بالاتفاق لهما ان اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته
ويحمل الاجل على التعجيل بخلاف ما لا تعامل فيه لانه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح
ولابي حنيفة انه دين يحتمل السلم وجواز السلم بالاجماع لا شبهة فيه وفي تعاملهم الاستصناع
نوع شبهة فكان الحمل على السلم اولى

مسائل منثورة

قال ويجوز بيع الكلب
والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء وعن ابي يوسف انه لا يجوز بيع الكلب
العقور لانه غير منتفع به وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب لقوله عليه السلام ان من السحت مهر
البغي وثمن الكلب ولانه نجس العين والنجاسة تشعر بهوان المحل وجواز البيع يشعر باعزازه
فكان منتفيا ولنا انه عليه السلام نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية ولانه منتفع به
حراسة واصطيادا فكان مالا فيجوز بيعه بخلاف الهوام المؤذية لانه لا ينتفع بها والحديث
محمول على الابتداء قلعا لهم عن الاقتناء ولا نسلم نجاسة العين ولو سلم
فيحرم التناول دون البيع قال ولا يجوز بيع الخمر والخنزير لقوله عليه السلام ان الذي
حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها ولانه ليس بمال في حقنا وقد ذكرناه قال واهل
الذمة في البياعات كالمسلمين لقوله عليه السلام في ذلك الحديث فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين
وعليهم ما على المسلمين ولانهم مكلفون محتاجون كالمسلمين قال الا في الخمر والخنزير خاصة
فان عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة
لانها اموال في اعتقادهم ونحن امرنا ان نتركهم وما يعتقدون دل عليه قول عمر
رضي الله عنه ولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها قال ومن قال لغيره بع عبدك من فلان
بالف على اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف ففعل فهو جائز ويأخذ الالف من المشتري
والخمسمائة من الضامن وان لم يقل من الثمن جاز البيع بالف ولا شيء على الضمين واصله
ان الزيادة في الثمن والمثمن جائز عندنا وتلتحق باصل العقد خلافا للشافعي وزفر
لانه تغيير للعقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه عدلا او خاسرا او
رابحا ثم قد لا يستفيد المشتري بها شيئا بان زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها
فيصح اشتراطها على الاجنبي كبدل الخلع لكن من شرطها المقابلة تسمية وصورة فاذا قال من الثمن
وجد شرطه فيصح واذا لم يقل لم يوجد فلم يصح قال ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى
زوجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز لوجود سبب الولاية وهو الملك في الرقبة على الكمال

وهذا قبض لان وطء الزوج حصل بتسليط من جهته فصار كفعله وان لم يطأها
فليس بقبض والقياس ان يصير قابضا لانه تعييب حكمي فيعتبر بالتعييب الحقيقي وجه
الاستحسان ان في الحقيقي استيلاء على المحل وبه يصير قابضا ولا كذلك الحكمي فافترقا
ومن اشترى عبدا فغاب فاقام البائع البينة انه باعه اياه فان كانت غيبته معروفة
لم يبع في دين البائع لانه يمكن ايصال البائع الى حقه بدون البيع وفيه ابطال حق المشتري
وان لم يدر اين هو بيع العبد وادى الثمن لان ملك المشتري ظهر باقراره فيظهر
على الوجه الذي اقر به مشغولا بحقه واذا تعذر استيفاؤه من المشتري يبيعه القاضي فيه كالراهن
اذا مات والمشتري اذا مات مفلسا والمبيع لم يقبض بخلاف ما بعد القبض لان حقه لم يبق
متعلقا به ثم ان فضل شيء يمسك للمشتري لانه بدل حقه وان نقص يتبع هو ايضا فان
كان المشتري اثنين فغاب احدهما فللحاضر ان يدفع الثمن كله ويقبضه فاذا حضر
الآخر لم يأخذ نصيبه حتى ينقد شريكه الثمن وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال
ابو يوسف اذا دفع الحاضر الثمن كله لم يأخذ الا نصيبه وكان متطوعا بما ادى عن
صاحبه لانه قضى دين غيره بغير امره فلا يرجع عليه وهو اجنبي عن نصيب صاحبه فلا
يقبضه ولهما انه مضطر فيه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا باداء جميع الثمن لان
البيع صفقة واحدة وله حق الحبس ما بقي شيء منه والمضطر يرجع كمعير الرهن
واذا كان له ان يرجع عليه كان له الحبس عنه الى ان يستوفي حقه كالوكيل بالشراء
اذا قضى الثمن من مال نفسه قال ومن اشترى جارية بالف مثقال ذهب وفضة
فهما نصفان لانه اضاف المثقال اليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال
لعدم الاولوية وبمثله لو اشترى جارية بالف من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة
دراهم وزن سبعة لانه اضاف الالف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود في كل واحد
منهما قال ومن له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفا وهو لا يعلم فانفقها او
هلكت فهو قضاء عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يرد مثل زيوفه ويرجع بدراهمه
لان حقه في الوصف مرعي كهو في الاصل ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف لانه
لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الى ما قلنا ولهما انه من جنس حقه حتى لو تجوز به
فيما لا يجوز الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبقى حقه الا في الجودة ولا
يمكن تداركها بايجاب ضمانها لما ذكرنا وكذا بايجاب ضمان الاصل لانه ايجاب له عليه ولا
نظير له واذا افرخ طير في ارض رجل فهو لمن اخذه وكذا اذا باض فيها وكذا اذا تكنس

فيها طين لانه مباح سبقت يده اليه ولانه صيد وان كان نوى بنصب حبالة الصيد
لمن اخذه وكذا البيض لانه اصل الصيد ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره او شيه
وصاحب الارض لم يعدّ ارضه لذلك وصار كنصب شبكة للجفاف وكذا اذا دخل
الصيد داره او وقع ما نثر من السكر والدراهم في ثيابه ما لم يكفه او كان مستعدا
له بخلاف ما اذا عسل النحل في ارضه لانه عدّ من انزاله فيملكه تبعا لارضه كالشجر النابت
فيه والتراب المجتمع في ارضه بجريان الماء

كتاب الصرف

قال الصرف هو
البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان سمي به للحاجة الى النقل في بدليه
من يد الى يد والصرف هو النقل والرد لغة او لانه لا يطلب منه الا الزيادة اذ
لا ينتفع بعينه والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ومنه سميت العبادة النافلة صرفا
قال فان باع فضة بفضة او ذهبا بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل وان اختلفا في الجودة
والصياغة لقوله عليه السلام الذهب بالذهب مثلا بمثل وزنا بوزن يدا بيد والفضل ربوا الحديث
وقال عليه السلام جيدها ورديها سواء وقد ذكرناه في البيوع قال ولا بد من قبض العوضين
قبل الافتراق لما روينا ولقول عمر رضي الله عنه وان استنظرك ان يدخل بيته فلا
تنظره ولانه لا بد من قبض احدهما ليخرج العقد عن الكالي بالكالي ثم لا بد من قبض
الاخر تحقيقا للمساواة فلا يتحقق الربوا ولان احدهما ليس باولى من الاخر فوجب
قبضهما سواء كانا يتعينان كالمصوغ او لا يتعينان كالمضروب او يتعين احدهما
ولا يتعين الاخر لاطلاق ما روينا ولانه ان كان يتعين ففيه شبهة عدم التعيين لكونه
ثمنا خلقة فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة في الربوا والمراد منه الافتراق بالابدان
حتى لو ذهبا عن المجلس يمشيان معا في جهة واحدة او ناما في المجلس او اغمي عليهما لا يبطل الصرف
لقول ابن عمر رضي الله عنهما وان وثب من سطح فثب معه وكذا المعتبر ما ذكرناه في قبض
رأس مال السلم بخلاف خيار المخيّرة لانه يبطل بالاعراض وان باع الذهب بالفضة
جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض لقوله عليه السلام الذهب بالورق ربوا الا
هاء وهاء فان افترقا في الصرف قبل قبض العوضين او احدهما بطل العقد لفوات الشرط
وهو القبض ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ولا الاجل لان باحدهما لا يبقى القبض مستحقا
وبالثاني يفوت القبض المستحق الا اذا اسقط الخيار في المجلس فيعود الى الجواز لارتفاعه
قبل تقرره قال ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه حتى لو باع دينارا بعشرة
دراهم وقبض الدينار ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد

اختلفت — فان — الحديث — التعين

لان القبض مستحق بالعقد حقا لله في تجويزه فواته وكان ينبغي ان يجوز العقد في الثوب
كما نقل عن زفر لان الدراهم لا تتعين فينصرف العقد الى مطلقها ولكنا نقول الثمن
في باب الصرف مبيع لان البيع لا بد له منه ولا شيء سوى الثمنين فيجعل كل واحد منهما
مبيعا لعدم الاولوية وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز وليس من ضرورة كونه
مبيعا ان يكون متعينا كما في المسلم فيه ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة لان
المساواة غير مشروطة فيه ولكن يشترط القبض في المجلس لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه
مجازفة لما فيه من احتمال الربوا قال ومن باع جارية قيمتها الف مثقال فضة وفي
عنقها طوق فضة فيه الف مثقال بالفي مثقال فضة ونقد من الثمن الف مثقال
ثم افترقا فالذي نقد ثمن الفضة لان قبض حصة الطوق واجب في المجلس لكونه
بدل الصرف والظاهر منه الاتيان بالواجب وكذا لو اشتراها بالفي مثقال الف
نسيئة والف نقدا فالنقد ثمن الطوق لان الاجل باطل في الصرف جائز في بيع
الجارية والمباشرة على وجه الجواز هو الظاهر منهما وكذلك لو باع سيفا محلى بمائة
درهم وحليته خمسون ودفع من الثمن خمسين جاز البيع وكان المقبوض حصة
الفضة وان لم يبين ذلك لما بينا وكذا ان قال خذ هذه الخمسين من ثمنهما لان
الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد
احدهما فيحمل عليه لظاهر حاله فان لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد في الحلية لانه
صرف فيها وكذا في السيف ان كان لا يتخلص الا بضرر لانه لا يمكن تسليمه بدون الضرر
ولهذا لا يجوز افراده بالبيع كالجذع في السقف وان كان يتخلص بغير ضرر جاز البيع
في السيف وبطل في الحلية لانه امكن افراده بالبيع فصار كالطوق والجارية وهذا
اذا كانت الفضة المفردة ازيد مما فيه فان كانت مثله او اقل منه او لا يدرى لا يجوز
البيع للربوا او لاحتماله وجهة الفساد من وجهين والجواز من وجه وهو ان يكون
زائدا فيرجح قال ومن باع اناء فضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع
فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الاناء مشتركا بينهما لانه صرف كله فصح فيما
وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد والفساد طارئ لانه يصح ثم يبطل بالافتراق
فلا يشيع ولو استحق بعض الاناء فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ الباقي بحصته
وان شاء رده لان الشركة في الاناء عيب وان باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها
اخذ ما بقي بحصتها ولا خيار له لانه لا يضره التبعيض قال ومن باع درهمين ودينارا

بشرطه — كذا نه — الحلية

الاثنان قد يراد بهما الواحد

بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس بخلافه وقال زفر والشافعي لا يجوز وعلى
هذا الخلاف اذا باع كر شعير وكر حنطة بكري شعير وكري حنطة لهما ان في الصرف
الى خلاف الجنس تغيير تصرفه لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على الشيوع
لا على التعيين والتغيير لا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف كما اذا اشترى قلبا بعشرة
وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة لا يجوز وان امكن صرف الربح الى الثوب وكذا اذا اشترى
عبدا بالف ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بالف وخمسمائة لا يجوز في المشترى
بالف وان امكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك
احدهما لا يجوز وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم
وثوب وافترقا من غير قبض فسد العقد في الدرهمين ولا يصرف الى الثوبين لما ذكرنا
ولنا ان المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد كما في الجنس بالجنس وانه طريق متعين
لتصحيحه فيحمل عليه وفيه تغيير وصفه لا اصله لانه يبقى موجبه الاصلي وهو ثبوت الملك
في الكل بمقابلة الكل وصار كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه
تصحيحا لتصرفه بخلاف مسئلة المرابحة لانه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله الى الثوب
والطريق في المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الالف الى المشترى
وفي الثالثة اضيف البيع الى المنكر وهو ليس بمحل للبيع والمعين ضده وفي الاخيرة
انعقد العقد صحيحا والفساد في حالة البقاء وكلامنا في الابتداء قال ومن باع احد عشر درهما
بعشرة دراهم ودينار جاز البيع وتكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم لان شرط البيع
في الدراهم التماثل على ما روينا فالظاهر انه اراد به ذلك فبقي الدرهم بالدينار
وهما جنسان لا يعتبر التساوي فيهما ولو تبايعا فضة بفضة او ذهبا بذهب ومع اقلهما
شيء آخر تبلغ قيمته باقي الفضة جاز البيع من غير كراهة وان لم تبلغ فمع الكراهة وان
لم يكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيع لتحقق الربا اذ الزيادة لا يقابلها عوض قال ومن
كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينارا بعشرة دراهم ودفع الدينار
وتقاصا العشرة بالعشرة فهو جائز ومعنى المسئلة اذا باع بعشرة مطلقة ووجهه انه
يجب بهذا العقد ثمن يجب تعيينه بالقبض لما ذكرنا والدين ليس بهذه الصفة فلا تقع
المقاصة بنفس العقد لعدم المجانسة فاذا تقاصا يتضمن ذلك فسخ الاول والاضافة
الى الدين اذ لولا ذلك يكون استبدالا ببدل الصرف وفي الاضافة الى الدين تقع المقاصة بنفس العقد على ما
نبينه والفسخ قد يثبت بطريق الاقتضاء كما اذا تبايعا بالف ثم بالف وخمسمائة

وزفر يخالفنا فيه لانه لا يقول بالاقتضاء وهذا اذا كان الدين سابقا فان كان لاحقا
فكذلك في اصح الروايتين لتضمنه انفساخ الاول والاضافة الى دين قائم وقت تحويل
العقد فكفى ذلك للجواز قال ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين
ودرهم غلة والغلة ما يرده بيت المال ويأخذه التجار ووجهه تحقق المساواة في الوزن
وما عرف من سقوط اعتبار الجودة قال واذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي دراهم
واذا كان الغالب على الدنانير الذهب فهي ذهب ويعتبر فيهما من تحريم التفاضل
ما يعتبر في الجياد حتى لا يجوز بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض الا متساويا في الوزن
وكذا لا يجوز الاستقراض بها الا وزنا لان النقود لا تخلو عن قليل غش عادة لانها
لا تنطبع الا مع الغش وقد يكون الغش خلقيا كما في الرديء منه فيلحق القليل بالرداءة
والجيد والرديء سواء وان كان الغالب عليهما الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير
اعتبارا للغالب فان اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية
السيف وان بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرفا للجنس الى خلاف الجنس فهي في حكم
شيئين فضة وصفر ولكنه صرف حتى يشترط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين
واذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لانه لا يتميز عنه الا بضرر قال رح و
مشايخ بخارا رح لم يفتوا بجواز ذلك في العدالي والغطارفة لانها اعز الاموال في ديارنا
فلو ابيح التفاضل فيه ينفتح باب الربا ثم ان كانت تروج بالوزن فالتبايع والاستقراض
فيها بالوزن وان كانت تروج بالعد فبالعد وان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما
لان المعتبر هو المعتاد فيهما اذا لم يكن فيها نص ثم هي ما دامت تروج تكون اثمانا لا تتعين
بالتعيين واذا كانت لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين واذا كانت يتقبلها البعض دون البعض
فهي كالزيوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا ان كان البائع يعلم بحالها
لتحقق الرضا منه وبجنسها من الجياد ان كان لا يعلم لعدم الرضا منه واذا اشترى
بها سلعة فكسدت وترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف
عليه قيمتها يوم البيع وقال محمد آخر ما تعامل الناس بها لهما ان العقد قد صح الا انه تعذر التسليم
بالكساد وانه لا يوجب الفساد كما اذا اشترى بالرطب فانقطع واذا بقي العقد
وجبت القيمة لكن عند ابي يوسف وقت البيع لانه مضمون به وعند محمد يوم الانقطاع
لانه اوان الانتقال الى القيمة ولابي حنيفة ان الثمن يهلك بالكساد لان الثمنية بالاصطلاح
وما بقي فيبقى بيعا بلا ثمن فيبطل واذا بطل البيع يجب رد المبيع ان كان قائما

وقيمته ان كان هالكا كما في البيع الفاسد قال ويجوز البيع بالفلوس لانها مال معلوم فان
كانت نافقة جاز البيع وان لم تتعين لانها اثمان بالاصطلاح وان كانت كاسدة
لم يجز البيع بها حتى يعينها لانها سلع فلا بد من تعيينها واذا باع بالفلوس النافقة ثم
كسدت بطل البيع عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وهو نظير الذي بيناه ولو استقرض فلوسا فكسدت
عند ابي حنيفة يجب عليه مثلها لانه اعارة وموجبه رد العين معنى والثمنية فضل فيه اذ
القرض لا يختص به وعندهما تجب قيمتها لانه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما
قبض فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثليا فانقطع لكن عند ابي يوسف يوم القبض وعند محمد
يوم الكساد على ما مر من قبل واصل الاختلاف فيمن غصب مثليا فانقطع وقول محمد انظر وقول
ابي يوسف ايسر قال ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم
من الفلوس وكذا اذا قال بدانق فلوس او بقيراط فلوس جاز وقال زفر لا يجوز في
جميع ذلك لانه اشترى بالفلوس وانها تقدر بالعدد لا بالدانق والدرهم فلا بد من
بيان عددها ونحن نقول ما يباع بالدانق ونصف الدرهم من الفلوس معلوم عند الناس
والكلام فيه فاغنى عن بيان العدد ولو قال بدرهم فلوس او بدرهمين فلوس فكذلك
عند ابي يوسف لان ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وهو المراد لا وزن الدرهم من
الفلوس وعن محمد انه لا يجوز بالدرهم ويجوز فيما دون الدرهم لان في العادة المبايعة بالفلوس
فيما دون الدرهم فصار معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول ابي يوسف
اصح سيما في ديارنا قال ومن اعطى صيرفيا درهما وقال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه
نصفا الا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما لان بيع نصف درهم بالفلوس
جائز وبيع النصف بنصف الا حبة ربوا فلا يجوز وعلى قياس قول ابي حنيفة رح
بطل في الكل لان الصفقة متحدة والفساد قوي فيشيع وقد مر نظيره ولو كرر
لفظ الاعطاء كان جوابه كجوابهما لانهما بيعان ولو قال اعطني نصف درهم فلوسا
ونصفا الا حبة جاز لانه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم
الا حبة فيكون نصف درهم الا حبة بمثله وما وراءه بازاء الفلوس قال رضي الله عنه وفي اكثر
نسخ المختصر ذكر المسئلة الثانية ولو قال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه درهما
او زنه نصف درهم جاز لانه قابل النصف بفلوس معلوم والنصف بمثله الا انه في
حق الدرهم صرف فيشترط القبض فيه وفي حق الفلوس بيع فيكتفي بقبض احدهما كيلا يكون
كالئا بكالئ وهذا هو الحكم في بيع الفلوس بالفلوس والفلوس بالدرهم انه يكتفي بقبض احد

العوضين

العوضين لانها ليست ثمنا مطلقا لثبوت ثمنيتها بالاصطلاح بخلاف الدراهم والدنانير

كتاب الكفالة

الكفالة هي الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا
ثم قيل هو ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وقيل في الدين والاول اصح قال الكفالة
ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها احضار
المكفول به وقال الشافعي لا يجوز لانه تكفل بما لا يقدر على تسليمه اذ لا قدرة له على نفس
المكفول به بخلاف الكفالة بالمال لانه له ولاية على مال نفسه ولنا قوله عليه السلام
الزعيم غارم وهذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعيه ولانه يقدر على تسليمه بطريقه
بان يعلم الطالب مكانه فيخلي بينه وبينه او يستعين باعوان القاضي والحاجة ماسة اليه
وقد امكن تحقيق معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة فيه قال وتنعقد اذا قال تكفلت
بنفس فلان او برقبته او بروحه او بجسده او براسه وكذا ببدنه وبوجهه لان هذه
الالفاظ يعبر بها عن البدن اما حقيقة او عرفا على ما مر في الطلاق وكذا اذا قال بنصفه
او بثلثه او بجزء منه لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزى فكان ذكر بعضها شايعا
كذكر كلها بخلاف ما اذا قال تكفلت بيد فلان او برجل فلان لانه لا يعبر بهما عن البدن
حتى لا تصح اضافة الطلاق اليهما وفيما تقدم تصح وكذا اذا قال ضمنته لانه تصريح بموجبه
او قال علي لانه صيغة الالتزام او قال الي لانه في معنى على في هذا المقام قال عليه السلام
من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا او عيالا فالي وكذا اذا قال انا زعيم به او قبيل
لان الزعامة هي الكفالة وقد روينا فيه والقبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة
بخلاف ما اذا قال انا ضامن لمعرفته لانه التزم المعرفة دون المطالبة وعلى هذا
لو قال بالفارسية آشنائي وى بر من لا يكون كفيلا ولو قال وى آشناست
لا يكون كفيلا للعرف قال فان شرط في الكفالة تسليم المكفول به في وقت بعينه
لزمه احضاره اذا طالبه في ذلك الوقت وفاء بما التزمه فان احضره والا حبسه
الحاكم لامتناعه عن ايفاء حق مستحق عليه لكن لا يحبسه اول مرة لعله ما دري لماذا يدعى
ولو غاب المكفول بنفسه امهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فان مضت ولم يحضره يحبسه
لتحقق امتناعه عن ايفاء الحق قال واذا احضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له
ان يخاصمه فيه مثل ان يكون في مصر برئ الكفيل من الكفالة لانه اتى بما التزمه وحصل
المقصود به وهذا لانه ما التزم التسليم الا مرة واذا كفل على ان يسلمه في مجلس القاضي
فسلمه في السوق برئ لحصول المقصود وقيل في زماننا لا يبرأ لان الظاهر المعاونة

على الاستيفاء لا على الاحضار فكان التقييد مفيدًا وان سلمه في برية لم يبرأ لانه لا يقدر
على المخاصمة فيها فلم يحصل المقصود وكذا اذا سلمه في سواد لعدم قاض يفصل الحكم فيه
ولو سلمه في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند ابي حنيفة للقدرة على المخاصمة فيه
وعندهما لا يبرأ لانه قد يكون شهوده فيما عينه ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير
الطالب لا يبرأ لانه لا يقدر على المحاكمة فيه قال واذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس
من الكفالة لانه عجز عن احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار
عن الكفيل وكذا اذا مات الكفيل لانه لم يبق قادرًا على تسليم المكفول بنفسه وماله
لا يصلح لايفاء هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال ولو مات المكفول له فللوصي ان يطالب
الكفيل وان لم يكن فلوارثه لقيامه مقام الميت قال ومن كفل بنفس آخر ولم يقل اذا
دفعته اليك فانا بريء فدفعه اليه فهو بريء لانه موجب التصرف فيثبت بدون التنصيص
عليه ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته
صح لانه مطالب بالخصومة فكان له ولاية الدفع وكذا اذا سلمه اليه وكيل الكفيل
او رسوله لقيامهما مقامه قال فان تكفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى وقت كذا فهو ضامن
لما عليه وهو الف فلم يحضره الى الوقت لزمه ضمان المال لان الكفالة بالمال
معلقة بشرط عدم الموافاة وهذا التعليق صحيح فاذا وجد الشرط لزمه المال
ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لان وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه
اذ كل واحد منهما للتوثق وقال الشافعي لا تصح هذه الكفالة لانه تعليق سبب وجوب
المال بالخطر فاشبه البيع ولنا انه يشبه البيع ويشبه النذر من حيث انه التزام فقلنا
لا يصح تعليقه بمطلق الشرط كهبوب الريح ونحوه ويصح بشرط متعارف عملا بالشبهين
والتعليق بعدم الموافاة متعارف ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يواف به
غدًا فعليه المال فان مات المكفول عنه ضمن المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة
قال ومن ادعى على آخر مائة دينار بينها او لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على
انه ان لم يواف به غدًا فعليه المائة فلم يواف به غدًا فعليه المائة عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد ان لم يبينها حتى تكفل به ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت الى دعواه
لانه علق مالًا مطلقًا بخطر الا يرى انه لم ينسبه الى ما عليه ولا تصح الكفالة على هذا الوجه
وان بينها ولانه لم تصح الدعوى من غير بيان فلم يجب احضار النفس واذا لم يجب
لا تصح الكفالة بالنفس فلا تصح بالمال لانه بناء عليه بخلاف ما اذا بين ولهما ان المال

ذكر

ذكر معرفًا فينصرف الى ما عليه والعادة جرت بالاجمال في الدعاوي فتصح الدعوى على
اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان باصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الاولى
فيترتب عليها الثانية قال ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند
ابي حنيفة معناه لا يجبر عليها عنده وقالا يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد
وفي القصاص لانه خالص حق العبد بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى وله (في جميع)
قوله عليه السلم لا كفالة في حد من غير فصل ولان مبنى الكل على الدرء فلا يجب
فيها الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرئ بالشبهات فيليق بها الاستيثاق (احتياطًا)
كما في التعزير ولو سمحت نفسه به يصح بالاجماع لانه امكن ترتيب موجبه عليه لان
تسليم النفس واجب فيهما فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم قال ولا يحبس فيهما حتى يشهد
شاهدان مستوران او شاهد عدل يعرفه القاضي لان الحبس للتهمة ههنا والتهمة تثبت
باحد شطري الشهادة اما العدد او العدالة بخلاف الحبس في باب الاموال لانه اقصى
عقوبة فيه فلا يثبت الا بحجة كاملة وذكر في ادب القاضي ان على قولهما لا يحبس في الحدود
والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة قال والرهن والكفالة جائزان
في الخراج لانه دين مطالب به ممكن الاستيفاء فيمكن ترتيب موجب العقد فيه قال ومن
اخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فاخذ منه كفيلا آخر فهما كفيلان لان موجبه
التزام المطالبة وهي متعددة والمقصود التوثق وبالثانية يزداد التوثق فلا يتنافيان
واما الكفالة بالمال فجائزة معلومًا كان المكفول به او مجهولًا اذا كان دينًا صحيحًا مثل
ان يقول تكفلت عنه بالف او بما لك عليه او بما يدركك في هذا البيع لان مبنى الكفالة
على التوسع فيتحمل فيها الجهالة وعلى الكفالة بالدرك اجماع وكفى به حجة وصار كما اذا
كفل بشجة صحت الكفالة وان احتمل السراية والاقتصار وشرط ان يكون دينًا
صحيحًا فمراده ان لا يكون بدل الكتابة وسيأتيك [illegible] قال والمكفول له بالخيار
ان شاء طالب الذي عليه الاصل وان شاء طالب كفيله لان الكفالة ضم الذمة الى الذمة
في المطالبة وذلك يقتضي قيام الاول لا البراءة عنه الا اذا شرط فيه البراءة
فحينئذ تنعقد حوالة اعتبارًا للمعنى كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ بها المحيل تكون كفالة
ولو طالب احدهما له ان يطالب الآخر وله ان يطالبهما لان مقتضاه الضم بخلاف
المالك اذا اختار احد الغاصبين لان اختياره احدهما يتضمن التمليك منه فلا يمكنه
التمليك من الآخر اما المطالبة بالكفالة لا تتضمن التمليك فوضح الفرق قال

في الحدود في بعض النسخ فيهما اي في حد القذف والقصاص عناية

فيها م

يطالب م

عليه م

في موضعه م

تضمين م

ويجوز تعليق الكفالة بالشروط مثل أن يقول ما بايعت فلانا فعلي أو ما ذاب لك عليه فعلي
أو ما غصبك فعلي والأصل فيه قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم والإجماع
منعقد على صحة ضمان الدرك ثم الأصل أنه يصح تعليقها بشرط ملائم لها مثل أن يكون
شرطا لوجوب الحق كقوله إذا استحق المبيع أو لإمكان الاستيفاء مثل قوله إذا قدم زيد
وهو مكفول عنه أو لتعذر الاستيفاء مثل قوله إذا غاب عن البلدة وما ذكر من الشروط
في معنى ما ذكرناه فأما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله إن هبت الريح أو جاء المطر
وكذا إذا جعل واحد منهما أجلا إلا أنه تصح الكفالة ويجب المال حالا لأن الكفالة لما
صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق قال فإن قال تكفلت
بما لك عليه فقامت البينة بألف عليه ضمنه الكفيل لأن الثابت بالبينة كالثابت معاينة
فيتحقق ما عليه فيصح الضمان به وإن لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار
ما يعترف به لأنه منكر للزيادة فإن اعترف المكفول عنه بأكثر من ذلك لم يصدق على كفيله
لأنه إقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق في حق نفسه لولايته عليها قال
ويجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره لإطلاق ما روينا ولأنه التزام المطالبة
وهو تصرف في حق نفسه وفيه نفع للطالب ولا ضرر فيه على المطلوب بثبوت الرجوع
إذ هو عند أمره وقد رضي به فإن كفل بأمره رجع بما أدى عليه لأنه قضى دينه بأمره
وإن كفل بغير أمره لم يرجع بما يؤديه لأنه متبرع بأدائه وقوله رجع بما أدى معناه
إذا أدى ما ضمنه أما إذا أدى خلافه رجع بما ضمن لأنه ملك الدين بالأداء فنزل
منزلة الطالب كما إذا ملكه بالهبة أو بالإرث وكما إذا ملكه المحتال عليه بما ذكرنا في الحوالة
بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما أدى لأنه لم يجب عليه شيء حتى يملك الدين
بالأداء وبخلاف ما إذا صالح الكفيل الطالب عن الألف على خمسمائة لأنه إسقاط كما
إذا أبرأ الكفيل قال وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدي عنه
لأنه لا يملكه قبل الأداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الأداء لأنه انعقد
بينهما مبادلة حكمية قال فإن لوزم بالمال كان له أن يلازم المكفول عنه حتى يخلصه
وإذا حبس كان له أن يحبسه لأنه لحقه ما لحقه من جهته فيعامله بمثله وإذا أبرأ الطالب
المكفول عنه أو استوفى منه برئ الكفيل لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل
لأن الدين عليه في الصحيح وإن أبرأ الكفيل لم يبرأ الأصيل لأن عليه المطالبة وبقاء
الدين على الأصيل بدونه جائز وكذا إذا أخر الطالب عن الأصيل فهو تأخير عن كفيله

ولو أخر عن الكفيل لم يكن تأخيرا عن الذي عليه الأصل لأن التأخير إبراء موقت فيعتبر
بالإبراء المؤبد بخلاف ما إذا كفل بالمال الحال مؤجلا إلى شهر فإنه يتأجل عن الأصيل
لأنه لا حق له إلا الدين حال وجود الكفالة فصار الأجل داخلا فيه أما ههنا بخلافه
قال فإن صالح الكفيل رب المال عن الألف على خمسمائة فقد برئ الكفيل والذي عليه الأصل
لأنه أضاف الصلح إلى الدين وهو على الأصيل فبرئ عن خمسمائة لأنه إسقاط وبراءته
توجب براءة الكفيل ثم برئا جميعا عن خمسمائة بأداء الكفيل ويرجع على الأصيل
بخمسمائة إذا كانت الكفالة بأمره بخلاف ما إذا صالح على جنس آخر لأنه مبادلة فملكه
فيرجع بجميع الألف ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الأصيل لأن هذا
إبراء الكفيل عن المطالبة قال ومن قال لكفيل ضمن له مالا قد برئت إلي من المال
رجع الكفيل على المكفول عنه معناه بما ضمن له بأمره لأن البراءة التي ابتداؤها
من المطلوب وانتهاؤها إلى الطالب لا يكون إلا بالإيفاء فيرجع قال وإن قال أبرأتك
لم يرجع على المكفول عنه لأنه براءة لا تنتهي إلى غيره وذلك بالإسقاط فلم
يكن إقرارا بالإيفاء ولو قال برئت قال محمد هو مثل الثاني لأنه يحتمل البراءة
بالأداء والإبراء فيثبت الأدنى إذ لا يرجع الكفيل بالشك وقال أبو يوسف
هو مثل الأول لأنه أقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب وإليه الإيفاء دون
الإبراء وقيل في جميع ما ذكرنا إذا كان الطالب حاضرا يرجع في البيان إليه لأنه
المجمل قال ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط لما فيه من معنى التمليك كما
في سائر البراءات ويروى أنه يصح لأن عليه المطالبة دون الدين في الصحيح
فكان إسقاطا محضا كالطلاق ولهذا لا يرتد الإبراء عن الكفيل بالرد بخلاف
إبراء الأصيل وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به كالحدود
والقصاص معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه الحد لأنه يتعذر إيجابه عليه وهذا
لأن العقوبة لا تجري فيها النيابة وإذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز لأنه دين
كسائر الديون وإن تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح لأنه عين مضمون بغيره
وهو الثمن والكفالة بالأعيان المضمونة وإن كانت تصح عندنا خلافا للشافعي
لكن بالأعيان المضمونة بنفسها كالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء
والمغصوب لا بما كان مضمونا بغيره كالمبيع والمرهون ولا بما كان أمانة
كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة ولو كفل بتسليم المبيع

بعد القبض م

قبل القبض او يسلم الرهن الى الراهن او يسلم المستاجر الى المستاجر جاز لانه التزم فعلا
واجبا ومن استاجر دابة للحمل عليها فان كانت بعينها لم تصح الكفالة بالحمل لانه عاجز عنه
وان كانت بغير عينها جازت الكفالة لانه يمكنه الحمل على دابة نفسه والحمل هو المستحق
وكذا من استاجر عبدا للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل لما بينا قال ولا تصح الكفالة الا
بقبول المكفول له في المجلس وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يجوز اذا بلغه فاجاز
ولم يشترط في بعض النسخ الاجازة والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعا له انه تصرف
التزام فيستبد به الملتزم وهذا وجه هذه الرواية عنه ووجه التوقف ما ذكرنا في الفضولي
في النكاح ولهما ان فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجود
شطره فلا يتوقف على ما وراء المجلس قال الا في مسئلة واحدة وهي ان يقول المريض
لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فكفل به مع غيبة الغرماء لان ذلك وصية في الحقيقة
ولهذا تصح وان لم يسم المكفول لهم ولهذا قالوا انما تصح اذا كان له مال او يقال انه قائم
مقام الطالب لحاجته اليه تفريغا لذمته وفيه نفع الطالب كما اذا حضر بنفسه وانما
يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لانه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهرا في هذه
الحالة فصار كالامر بالنكاح ولو قال المريض ذلك لاجنبي اختلف المشايخ فيه قال
واذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئا فتكفل عنه رجل للغرماء لم تصح عند ابي حنيفة
وقالا تصح لانه كفل بدين ثابت لانه وجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط ولهذا
يبقى في حق احكام الآخرة ولو تبرع به انسان يصح وكذا يبقى اذا كان به كفيل او له مال
وله انه كفل بدين ساقط لان الدين هو الفعل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب لكنه في حق
الحكم مال لانه يؤول اليه في المآل وقد عجز بنفسه وبخلفه ففات عاقبة الاستيفاء فيسقط
ضرورة والتبرع لا يعتمد قيام الدين واذا كان به كفيل او له مال فخلفه او الافضاء
الى الاداء باق قال ومن كفل عن رجل بالف عليه بامره فقضاه الالف قبل ان يعطيه
صاحب المال فليس له ان يرجع فيها لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يجوز
المطالبة ما بقي هذا الاحتمال كمن عجل زكوته ودفعها الى الساعي ولانه ملكه بالقبض
على ما نذكر بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة لانه تمحض امانة في يده قال فان ربح
الكفيل فيه فهو له لا يتصدق به لانه ملكه حين قبضه اما اذا قضى الدين فظاهر وكذا
اذا قضاه المطلوب بنفسه وثبت له حق الاسترداد لانه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب
عليه الا انه اخرت المطالبة الى وقت الاداء فنزل منزلة الدين المؤجل ولهذا لو ابرأ

الكفيل

الكفيل المطلوب قبل ادائه يصح فكذا اذا قبضه يملكه الا ان فيه نوع خبث نبينه فلا يعمل
مع الملك فيما لا يتعين وقد قررناه في البيوع ولو كانت الكفالة بكر حنطة فقبضها الكفيل فباعها
وربح فيها فالربح له في الحكم لما بينا انه ملكه قال واحب الي ان يرده على الذي
قضاه الكر ولا يجب عليه في الحكم وهذا عند ابي حنيفة في رواية الجامع الصغير وقال
ابو يوسف ومحمد هو له ولا يرده على الذي قضاه وهو رواية عنه وعنه انه يتصدق به
لهما انه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه فيسلم له وله انه تمكن الخبث مع الملك اما
لانه بسبيل من الاسترداد بان يقضيه بنفسه او لانه رضي به على اعتبار قضاء الكفيل
فاذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به وهذا الخبث يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصدق
في رواية ويرده عليه في رواية لان الخبث لحقه وهذا اصح لكنه استحباب لا جبر
لان الحق له قال ومن كفل عن رجل بالف عليه بامره فامره الاصيل ان يتعين عليه حريرا
ففعل فالشرى للكفيل والربح الذي ربحه البائع فهو عليه ومعناه الامر ببيع العينة
مثل ان يستقرض من تاجر عشرة فيتابى عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر مثلا
رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل خمسة سمي به لما فيه من الاعراض عن الدين
الى العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة لمذموم البخل
ثم قيل هذا ضمان لما يخسر المشتري نظرا الى قوله علي وهو فاسد وليس بتوكيل وقيل هو
توكيل فاسد لان الحرير غير متعين وكذا الثمن غير متعين لجهالة ما زاد على الدين وكيف
ما كان فالشرى للمشتري وهو الكفيل والربح اي الزيادة عليه لانه العاقد قال ومن كفل عن رجل
بما ذاب له عليه او بما قضي له عليه فغاب المكفول عنه فاقام المدعي البينة على الكفيل ان له
على المكفول عنه الف درهم لم تقبل لان المكفول به مال مقضي به وهذا في لفظ القضاء
ظاهر وكذا في الاخرى لان معنى ذاب تقرر وهو بالقضاء او مال يقضى به وهذا ماض
اريد به المستقبل كقوله اطال الله بقاءك والدعوى مطلق عن ذلك فلا يصح ومن
اقام البينة على ان له على فلان كذا وان هذا كفيل عنه بامره فانه يقضي به على الكفيل
وعلى المكفول عنه وان كانت الكفالة بغير امره يقضى به على الكفيل خاصة وانما تقبل
لان المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم وانما يختلف بالامر وعدمه لانهما يتغايران
لان الكفالة بالامر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير الامر تبرع ابتداء وانتهاء
فبدعواه احدهما لا يقضى له بالآخر واذا قضي بها بالامر ثبت وهو يتضمن الاقرار
بالمال فيصير مقضيا عليه والكفالة بغير امره لا تمس جانبه لانه تعتمد صحتها قيام الدين

يجبر

فالشرى م

قال م

امر م

في زعم الكفيل فلا يتعدى اليه وفي الكفالة بأمره يرجع الكفيل بما ادى على الآمر وقال
زفر لا يرجع لانه لما انكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره ونحن نقول صار مكذبا
شرعا فبطل ما زعمه ومن باع دارا وكفل عنه رجل بالدرك فهو تسليم لان الكفالة
لو كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبوله ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم من جهته وان
لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها احكام البيع وترغيب المشتري فيه اذ لا يرغب فيه دون
الكفالة فنزل منزلة الاقرار بملك البائع قال ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليما
وهو على دعواه لان الشهادة لا تكون مشروطة في البيع ولا هي باقرار بالملك لان البيع
يوجد مرة من المالك وتارة من غيره ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم
قالوا اذا كتب في الصك باع وهو يملكه او بيعا باتا نافذا وهو كتب شهد بذلك فهو تسليم
الا اذا كتب الشهادة على اقرار المتعاقدين

فصل في الضمان

ومن باع لرجل
ثوبا وضمن له الثمن او مضارب ضمن ثمن متاع رب المال فالضمان باطل لان الكفالة التزام المطالبة
وهي اليهما فيصير كل واحد منهما ضامنا لنفسه ولان المال امانة في ايديهما والضمان
تغيير لحكم الشرع فيرد عليه كاشتراطه على المودع والمستعير وكذا رجلان باعا عبدا
صفقة واحدة وضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن لانه لو صح الضمان مع الشركة
يصير ضامنا لنفسه ولو صح في نصيب صاحبه يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه ولا يجوز ذلك
بخلاف ما اذا باعا صفقتين لانه لا شركة الا يرى ان للمشتري ان يقبل نصيب احدهما
ويقبض اذا نقد ثمن حصته وان قبل الكل ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائبه وقسمته
فهو جائز اما الخراج فقد ذكرناه وهو يخالف الزكوة لانها مجرد فعل ولهذا لا تؤدى
بعد موته من تركته الا بوصية واما النوائب فان اريد بها ما يكون بحق ككري النهر
المشترك واجر الحارس والموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسارى وغيرها جازت
الكفالة بها على الاتفاق وان اريد بها ما ليس بحق كالجبايات في زماننا ففيه اختلاف
المشايخ وممن يميل الى الصحة الامام علي البزدوي واما القسمة فقد قيل هي النوائب بعينها
او حصة منها والرواية باو وقيل هي النائبة الموظفة الراتبة والمراد بالنوائب ما ينوبه
غير راتب والحكم ما بيناه ومن قال لآخر لك علي مائة الى شهر وقال المقر له هي
حالة فالقول قول المدعي وان قال ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له
هي حالة فالقول قول الضامن ووجه الفرق ان المقر اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه
وهو تأخير المطالبة الى اجل وفي الكفالة ما اقر بالدين لانه لا دين عليه في الصحيح

فيه م — هو ن — متاع — خاصة ن — النهر م

النعذبه والفدى والفداء ... قصر ... الصحاح

وانما اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ولان الاجل في الديون عارض حتى لا يثبت الا بشرط
فكان القول قول من انكر الشرط كما في الخيار اما الاجل في الكفالة فنوع حتى يثبت من
غير شرط بان كان مؤجلا على الاصيل والشافعي الحق الثاني بالاول وابو يوسف فيما يروى عنه
الحق الاول بالثاني والفرق قد اوضحناه ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك
فاستحقت لم يأخذ الكفيل حتى يقضى له على البائع لان بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع
على ظاهر الرواية ما لم يقض له بالثمن على البائع فلم يجب على الاصيل رد الثمن فلا يجب
على الكفيل بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع على البائع
والكفيل وعن ابي يوسف انه يبطل وموضعه اوائل الزيادات في ترتيب الاصل ومن
اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل لان هذه اللفظة مشتبهة قد تقع
على الصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه وقد تقع على العقد وعلى حقوقه وعلى
الدرك وعلى الخيار ولكل ذلك وجه فتعذر العمل بها بخلاف الدرك لانه استعمل في ضمان
الاستحقاق عرفا ولو ضمن الخلاص لا يصح عند ابي حنيفة لانه عبارة عن تخليص المبيع و
تسليمه لا محالة وهو غير قادر عليه وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع او
قيمته فصح

باب كفالة الرجلين

واذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما
كفيل عن صاحبه كما اذا اشتريا عبدا بالف وكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما ادى
احدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة لان كل
واحد منهما في النصف اصيل وفي النصف الآخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق
الاصالة وبحق الكفالة لان الاول دين والثاني مطالبة ثم هو تابع للاول فيقع
عن الاول وفي الزيادة لا معارضة فيقع عن الكفالة ولانه لو وقع في النصف
عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه ان يرجع لان اداء نائبه كادائه فيؤدي الى الدور
واذا كفل رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء
اداه احدهما رجع على صاحبه بنصفه قليلا كان او كثيرا ومعنى المسئلة في الصحيح
ان تكون الكفالة بالكل عن الاصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة فتجتمع
الكفالتان على ما مر وموجبهما التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح
عن الاصيل وكما تصح الحوالة من المحتال عليه واذا عرف هذا فما اداه احدهما وقع
شائعا عنهما اذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فيرجع
على شريكه بنصفه ولا يؤدي الى الدور لان قضيته الاستواء وقد حصل برجوع

وقع في المتن وان في الحق الثاني بالاول وابو يوسف فيهما يروى عنه الحق الاول بالثاني والعكس هو المشهور ... فيحمل على الرواية ... والعده ... الغلط ... ولعله ... اكمل الدين

باب الاستحقاق من كتابه يرجع ١٧ م

احدهما بنصف ما ادى بخلاف ما تقدم ثم يرجعان على الاصيل لانهما اديا عنه احدهما بنفسه
والآخر بنائبه وان شاء رجع بالجميع على المكفول عنه لانه كفل بجميع المال عنه بامره قال
واذا ابرأ رب المال احدهما اخذ الآخر بالجميع لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل
فبقي كله على الاصيل والآخر كفيل بكله على ما بينا ولهذا يأخذه به قال واذا افترق المتفاوضان
فلاصحاب الديون ان يأخذوا ايهما شاؤوا بجميع الدين لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما
عرف في الشركة ولا يرجع احدهما على صاحبه حتى يؤدي اكثر من النصف لما مر من الوجهين
في كفالة الرجلين قال واذا كوتب العبدان كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه
فكل شيء اداه احدهما رجع على صاحبه بنصفه ووجهه ان هذا العقد جائز استحسانا
وطريقه ان يجعل كل واحد منهما اصيلا في حق وجوب المال عليه فيكون عتقهما معلقا بادائه
ويجعل كفيلا بالالف في حق صاحبه وسنذكره في المكاتب ان شاء الله تعالى واذا عرف ذلك
فما اداه احدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ولو رجع بالكل لا يتحقق المساواة
قال ولو لم يؤديا شيئا حتى اعتق المولى احدهما جاز العتق لمصادفته ملكه وبرئ
عن النصف لانه ما رضي بالتزام المال الا ليكون المال وسيلة الى العتق وما بقي وسيلة
فيسقط ويبقى النصف على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل برقبتهما وانما جعل
على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان واذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا
برقبتهما فلهذا يتنصف وللمولى ان يأخذ بحصة الذي لم يعتق ايهما شاء المعتق بالكفالة
وصاحبه بالاصالة فان اخذ الذي اعتق رجع على صاحبه بما يؤدي لانه مؤدى عنه بامره
وان اخذ الآخر لم يرجع على المعتق بشيء لانه ادى عن نفسه والله تعالى اعلم

باب كفالة العبد وعنه

ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم
حالا ولا غيره فهو حال لان المال حال عليه لوجود السبب وقبول الذمة الا انه
لا يطالب لعسرته اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلقه به والكفيل غير معسر
فصار كما اذا كفل عن غائب او مفلس بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر بمؤخر ثم
اذا ادى رجع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل
لقيامه مقامه قال ومن ادعى على عبد مالا وكفل له رجل بنفسه فمات الكفيل لبراءة
الاصيل كما اذا كان المكفول بنفسه حرا فان ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فمات
العبد فاقام المدعي البينة انه كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى ردها
على وجه يخلفها قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت تبقى القيمة واجبة على

المال م

الالف م

العبد برئ م

اصل

الاصيل فكذا على الكفيل بخلاف الاول قال واذا كفل العبد عن مولاه بامره فعتق
فاداه او كان المولى كفل عنه فاداه بعد العتق لم يرجع واحد منهما على صاحبه وقال زفر
يرجع ومعنى المسئلة في الوجه الاول ان لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته بالمال
عن المولى اذا كان بامره اما كفالته عن العبد فتصح على كل حال له انه تحقق الموجب
للرجوع وهو الكفالة بامره والمانع وهو الرق قد زال ولنا انها وقعت غير موجبة
للرجوع لان المولى لا يستوجب على عبده دينا وكذا العبد على مولاه فلا تنقلب موجبة
ابدا كمن كفل عن غيره بغير امره فاجازه ولا تجوز الكفالة بمال الكتابة حر تكفل به
او عبد لانه دين غير مستقر لثبوته مع المنافي فلا يظهر في حق صحة الكفالة ولانه
لو عجز نفسه سقط ولا يمكن اثباته على هذا الوجه في ذمة الكفيل واثباته مطلقا ينافي
معنى الضم لان من شرطه الاتحاد وبدل السعاية كمال الكتابة في قوله لانه كالمكاتب عنده

كتاب الحوالة

وهي جائزة بالديون قال عليه الصلاة والسلام من احيل على
مليء فليتبع ولانه التزم ما يقدر على تسليمه فتصح كالكفالة وانما اختصت بالديون
لانها تنبئ عن النقل والتحويل والتحويل في الدين لا في العين قال وتصح برضاء المحيل
والمحتال والمحتال عليه اما المحتال فلان الدين حقه وهو الذي ينتقل بها والذمم
متفاوتة فلا بد من رضاه واما المحتال عليه فلانه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه
واما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره في الزيادات لان التزام الدين من المحتال عليه
تصرف في حق نفسه وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه لانه لا يرجع عليه اذا لم يكن بامره
قال واذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول وقال زفر لا يبرأ اعتبارا بالكفالة
اذ كل واحد منهما عقد توثق ولنا ان الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة الغراس والدين
متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها اما الكفالة فللضم والاحكام الشرعية على وفاق المعاني
اللغوية والتوثق باختيار الاملأ والاحسن في القضاء وانما يجبر على القبول
اذا نقد المحيل لانه يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى فلم يكن متبرعا قال ولم يرجع المحتال
على المحيل الا ان يتوى حقه وقال الشافعي لا يرجع وان توى لان البراءة حصلت
مطلقة فلا تعود الا بسبب جديد ولنا انها مقيدة بسلامة حقه له اذ هو المقصود او
تنفسخ الحوالة لفواته لانه يحتمل الفسخ فصار كوصف السلامة في المبيع قال والتوى
عند ابي حنيفة احد الامرين اما ان يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة له عليه او يموت مفلسا
لان العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد وهو التوى في الحقيقة وقالا هذان ووجه

لانه ثبت مع المنافي

ابي حنيفة رحمه الله م

ويكون م

بالف

قابل للفسخ

ثالث وهو ان يحكم الحاكم بافلاسه حال حيوته وهذا بناء على ان الافلاس لا يتحقق بحكم
القاضي عنده خلافا لهما لان مال الله غاد ورائح قال فاذا طالب المحتال عليه المحيل
مال الحوالة فقال المحيل احلت بدين لي عليك لم يقبل قوله وكان عليه مثل الدين لان
سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بامره الا ان المحيل يدعي عليه دينا وهو ينكر
والقول قول المنكر ولا تكون الحوالة اقرارا بالدين عليه لانها قد تكون بدونه
قال واذا طالب المحيل المحتال بما احاله به فقال انما احلتك لتقبضه لي وقال المحتال لا
بل احلتني بدين كان لي عليك فالقول قول المحيل لان المحتال يدعي عليه الدين وهو
ينكر ولفظ الحوالة مستعمل في الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه قال ومن اودع
رجلا الف درهم واحال بها عليه آخر فهو جائز لانه اقدر على القضاء فان هلكت
برئ لتقيدها بها فانه ما التزم الاداء الا منها بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب
لان الفوات الى خلف كلا فوات وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين ايضا وحكم المقيدة
في هذه الجملة ان لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن
وان كان اسوة للغرماء بعد موت المحيل وهذا لانه لو بقيت له مطالبته به فياخذ
منه لبطلت الحوالة وهي حق المحتال بخلاف المطلقة لانه لا تعلق لحقه به بل بذمته
فلا تبطل الحوالة باخذ ما عليه او عنده قال ويكره السفاتج وهي قرض استفاد
المقرض سقوط خطر الطريق وهذا نوع نفع استفيد به وقد نهى رسول الله
صلى الله تعالى عليه وسلم عن قرض جر نفعا

كتاب ادب القاضي

قال ولا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة وان يكون من اهل الاجتهاد
اما الاول فلان حكم القضاء يستقي من حكم الشهادة لان كل واحد منهما من باب الولاية
فكل من كان اهلا للشهادة يكون اهلا للقضاء وما يشترط لاهلية الشهادة يشترط
لاهلية القضاء والفاسق اهل للقضاء حتى لو قلد يصح الا انه لا ينبغي ان يقلد
كما في حكم الشهادة فانه لا ينبغي ان يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا ولو كان
عدلا ففسق باخذ الرشوة او غيره لا ينعزل ويستحق العزل وهذا ظاهر المذهب
وعليه مشايخنا وقال الشافعي الفاسق لا يجوز قضاؤه كما لا تقبل شهادته عنده وعن
علمائنا الثلثة في النوادر انه لا يجوز قضاؤه وقال بعض المشايخ اذا قلد الفاسق
ابتداء يصح ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق لان المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا
بدونها وهل يصلح الفاسق مفتيا قيل لا لانه من امور الدين وخبره غير مقبول في الديانات

وقيل يصلح لانه يجتهد كل الجهد حذارا النسبة الى الخطا واما الثاني فالصحيح ان اهلية
الاجتهاد شرط الاولوية فاما تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافا للشافعي وهو يقول
ان الامر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة دون العلم ولنا انه يمكنه ان يقضي بفتوى
غيره ومقصود القضاء يحصل به وهو ايصال الحق الى مستحقه وينبغي للمقلد ان يختار
من هو الاقدر والاولى لقوله عليه السلم من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه
فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وفي حد الاجتهاد كلام عرف في اصول الفقه
وحاصله ان يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار او صاحب فقه
له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه وقيل ان يكون صاحب قريحة
يعرف بها عادات الناس لان من الاحكام ما يبتنى عليها قال ولا باس بالدخول في
القضاء لمن يثق بنفسه انه يؤدي فرضه لان الصحابة رضوان الله تعالى عليهم تقلدوه
وكفى بهم قدوة ولانه فرض كفاية لانه امر بالمعروف قال ويكره الدخول فيه لمن
يخاف العجز عنه ولا يامن على نفسه الحيف فيه كيلا يصير شرطا لمباشرته القبيح وكره
بعضهم الدخول فيه مختارا لقوله عليه السلم من جعل على القضاء فكانما ذبح بغير سكين
وقد جاء في التجنب عنه آثار وقد اجتنبه ابو حنيفة رحمه الله وصبر على الضرب واجتنبه كثير
من السلف وقيد محمد نيفا وثلثين يوما او نيفا واربعين يوما حتى تقلده والصحيح ان
الدخول فيه رخصة طمعا في اقامة العدل والترك عزيمة فلعله يخطي ظنه فلا يوفق او
لا يعينه عليه غيره ولا بد من الاعانة الا اذا كان هو الاهل للقضاء دون غيره
فحينئذ يفترض عليه التقلد صيانة لحقوق العباد واخلاء للعالم عن الفساد قال
وينبغي ان لا يطلب الولاية ولا يسالها لقوله عليه السلم من طلب القضاء وكل الى نفسه
ومن اجبر عليه نزل عليه ملك يسدده ولان من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن اجبر يتوكل
على ربه فيلهم ثم يجوز التقلد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل لان الصحابة تقلدوه
من معاوية والحق كان بيد علي رضي الله عنه في نوبته والتابعين تقلدوه من الحجاج
وهو كان جائرا الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بحق لان المقصود لا يحصل بالتقلد
بخلاف ما اذا كان يمكنه قال ومن قلد القضاء يسلم اليه ديوان القاضي الذي كان قبله
وهو الخرائط التي فيها السجلات وغيرها لانها وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة
فتجعل في يد من له ولاية القضاء ثم ان كان البياض من بيت المال فظاهر وكذا
اذا كان من مال الخصوم في الصحيح لانهم وضعوها في يده لعمله وقد انتقل الى المولى

وكذا اذا كان من مال القاضي هو الصحيح لانه اخرجه تدينا لا تمولا وبعث امينين ليقبضاها
بحضرة المعزول او امينه ويسألانه شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع منها في خريطة
كيلا يشتبه على المولى وهذا السؤال لكشف الحال لا للالزام قال وينظر في حال المحبوسين لانه
نصب ناظرا فمن اعترف بحق الزمه اياه لان الاقرار ملزم ومن انكر لم يقبل قول
المعزول عليه الا ببينة لانه بالعزل التحق بواحد من الرعايا وشهادة الفرد ليست مقبولة
لاسيما اذا كان على فعل نفسه فان لم تقم بينة لم يعجل بتخليته حتى ينادي عليه وينظر
في امره لان فعل القاضي المعزول حق ظاهرا فلا يعجل كيلا يؤدي الى ابطال حق الغير
وينظر في الودائع وارتفاع الوقوف فيعمل فيه على ما يقوم به البينة او يعترف به من هو في يده لان
كل ذلك حجة ولا يقبل قول المعزول الا ان يعترف الذي في يده ان المعزول سلمها اليه
فيقبل قوله فيها لانه ثبت باقراره ان اليد كانت للقاضي فيصح اقرار القاضي كانه
في يده في الحال الا اذا بدأ بالاقرار لغيره ثم اقر بتسليم القاضي اليه فيقول هو لغيره فيسلم
الى المقر له الاول لسبق حقه قال ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا في المسجد كيلا يشتبه
مكانه على الغرباء وبعض المقيمين والمسجد الجامع اولى لانه اشهر وقال الشافعي يكره
الجلوس في المسجد للقضاء لانه يحضره المشرك وهو نجس بالنص والحائض وهي ممنوعة
عن دخوله ولنا قوله عليه السلام انما بنيت المساجد لذكر الله والحكم وكان رسول الله
صلى الله عليه وسلم يفصل الخصومة في معتكفه والخلفاء الراشدون رضي الله عنهم
كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ولان القضاء عبادة فيجوز اقامتها
في المسجد كالصلاة ونجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فلا يمنع من دخوله
والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضي اليها او الى باب المسجد او يبعث من يفصل بينها و
بين خصمها كما اذا كانت الخصومة في الدابة ولو جلس في داره لا بأس به ويأذن
للناس في الدخول فيها ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك لان في جلوسه وحده
تهمة قال ولا يقبل هدية الا من ذي رحم محرم او ممن جرت عادته قبل القضاء
بمهاداته لان الاول صلة الرحم والثاني ليس للقضاء بل جرى على العادة وفيما
وراء ذلك يصير آكلا بقضائه حتى لو كانت للقريب خصومة لا يقبل هديته
وكذا اذا زاد المهدي على المعتاد او كانت له خصومة لانه لاجل القضاء
فيتحاماه ولا يحضر دعوة الا ان تكون عامة لان الخاصة لاجل القضاء
بخلاف العامة ويدخل في هذا الجواب قريبه وهو قولهما وعن محمد انه يجيبه وان

السؤال ح

وصفة النداء ان ينادي في مجلسه اياما من كان يطالب فلان بن فلان المحبوس بحق فليحضر ح

لما بينا ح

كانت خاصة كالعرس والختان لو علم المضيف ان القاضي لا يحضرها لا يتخذها قال
ويشهد الجنازة ويعود المريض لان ذلك من حقوق المسلم قال عليه الصلاة والسلام
للمسلم على المسلم ستة حقوق وعد منها هذين ولا يضيف احد الخصمين دون
خصمه لان النبي عليه السلام نهى عن ذلك ولان فيه تهمة قال واذا حضرا سوى بينهما
في الجلوس والاقبال لقوله عليه السلام اذا ابتلي احدكم بالقضاء فليسو بينهم في
المجلس والاشارة والنظر ولا يسار احدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجة للتهمة
ولان فيه مكسرة لقلب الآخر فيترك حقه ولا يضحك في وجه احدهما لانه يجترئ
على خصمه ولا يمازحهم ولا واحدا منهم لانه يذهب بمهابة القضاء قال ويكره
تلقين الشاهد ومعناه ان يقول له اتشهد بكذا وكذا وهذا لانه اعانة لاحد الخصمين
فيكره كتلقين الخصم واستحسنه ابو يوسف في غير موضع التهمة لان الشاهد قد يحصر لمهابة
المجلس فكان تلقينه احياء للحق بمنزلة الاشخاص والتكفيل

فصل في الحبس

قال واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وامره بدفع
ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها وهذا اذا ثبت الحق باقراره لانه
لم يعرف كونه مماطلا في اول الوهلة فلعله طمع في الامهال فلم يستصحب المال فاذا
امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله اما اذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور المطل
بانكاره قال فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع
او التزمه بعقد كالمهر والكفالة لانه اذا حصل المال في يده ثبت غناه به
واقدامه على التزامه باختياره دليل يساره اذ هو لا يلتزم الا ما يقدر على ادائه
والمراد بالمهر معجله دون مؤجله قال ولا يحبسه فيما سوى ذلك اذا قال اني فقير
الا ان يثبت غريمه ان له مالا فيحبسه لانه لم يوجد دلالة اليسار فيكون القول
قول من عليه الدين وعلى المدعي اثبات غناه ويروى ان القول لمن عليه الدين
في جميع ذلك لان الاصل هو العسرة ويروى ان القول له الا فيما بدله مال وفي
النفقة القول قوله في الصحيح انه معسر وفي اعتاق العبد المشترك القول للمعتق
والمسألتان تؤيدان القولين الاخيرين والتخريج على ما قال في الكتاب انه ليس بدين
مطلق بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الاتفاق وكذا عند ابي حنيفة يسقط
ضمان الاعتاق ثم فيما كان القول قول المدعي ان له مالا واثبت ذلك بالبينة فيما
كان القول قول من عليه يحبسه شهرين او ثلاثة ثم يسأل عنه فالحبس لظهور ظلمه

حجة ح

الحصر بالتحريك العي وبابه طرب وقد حصر صدره ضاق وكل من امتنع من شيء لم يقدر عليه فقد حصر عنه ولهذا قيل حصر في القراءة ح

الآخرين ح

في الحال وانما يحبسه مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه فلا بد ان تمتد المدة ليفيد هذه الفائدة
فقدره بما ذكره ويروى غير ذلك من التقدير بشهر او اربعة الى ستة اشهر والصحيح ان التقدير
مفوض الى رأي القاضي لاختلاف احوال الاشخاص فيه قال فان لم يظهر له مال خلى
سبيله يعني بعد مضي المدة لانه استحق النظرة الى الميسرة فيكون حبسه بعد ذلك ظلما ولو
قامت البينة على افلاسه قبل المدة تقبل في رواية ولا تقبل في رواية وعلى الثانية
عامة مشايخنا رحمهم الله تعالى عليهم قال في الكتاب خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه
وهذا كلام في الملازمة وسنذكره في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى وفي الجامع الصغير رجل اقر
عند القاضي بدين فانه يحبسه ثم يسأل عنه فان كان موسرا ابد حبسه وان كان معسرا
خلى سبيله ومراده اذا اقر عند غير القاضي او عنده مرة وظهرت مماطلته والحبس اولا
ومدته قد بيناه فلا نعيده قال ويحبس الرجل في نفقة زوجته لانه ظالم بالامتناع
ولا يحبس والد في دين ولده لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على الوالد كالحدود
والقصاص قال الا اذا امتنع من الانفاق عليه لان فيه احياء ولده ولانه لا يتدارك
لسقوطها بمضي الزمان

باب كتاب القاضي الى القاضي

قال ويقبل كتاب القاضي الى القاضي
في الحقوق اذا شهد به عنده للحاجة على ما نبين فان شهدوا على خصم حكم بالشهادة
لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا وان شهدوا بغير خصم لم يحكم لان القضاء
على الغائب لا يجوز وكتب بالشهادة ليحكم المكتوب اليه بها وهذا هو الكتاب الحكمي وهو
نقل الشهادة في الحقيقة ويختص بشرائط نذكرها ان شاء الله تعالى وجوازه لمساس الحاجة
لان المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه فاشبه الشهادة على الشهادة وقوله
في الحقوق يندرج تحته النكاح والدين والنسب والمغصوب والامانة المجحودة والمضاربة
المجحودة لان كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف لا يحتاج فيه الى الاشارة
ويقبل في العقار ايضا لان التعريف فيه بالتحديد ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة
الى الاشارة وعن ابي يوسف انه يقبل في العبد دون الامة لغلبة الاباق فيه دونها
وعنه انه يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعها وعن محمد انه يقبل في جميع ما ينقل ويحول وعليه
المتأخرون قال ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين او رجل وامرأتين لان الكتاب
يشبه الكتاب فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لانه ملزم فلا بد من الحجة بخلاف كتاب الاستيمان
من اهل الحرب لانه ليس بملزم وبخلاف رسول القاضي الى المزكي ورسوله الى القاضي
لان الالزام بالشهادة لا بالتزكية قال ويجب ان يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه او

يعلمهم به لانه لا شهادة بدون العلم ثم يختمه بحضرتهم ويسلمه اليهم كيلا يتوهم التغيير وهذا
عند ابي حنيفة ومحمد لان علم ما في الكتاب والختم بحضرتهم شرط وكذا حفظ ما في الكتاب
عندهما ولهذا يدفع اليهم كتاب آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم وقال ابو يوسف
آخرا شيء من ذلك ليس بشرط والشرط ان يشهدهم ان هذا كتابه وخاتمه وعن ابي يوسف
ان الختم ليس بشرط ايضا فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة واختار
شمس الائمة السرخسي قول ابي يوسف قال واذا وصل الى القاضي المكتوب اليه لم يقبله الا
بحضرة الخصم لانه بمنزلة اداء الشهادة فلا بد من حضوره بخلاف سماع القاضي الكاتب
لانه للنقل لا للحكم قال واذا سلمه الشهود اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا انه كتاب فلان
القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم والزمه ما فيه
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف اذا شهدوا انه كتابه وخاتمه قبله على ما مر
ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح والصحيح انه يفض الكتاب بعد ظهور العدالة
كذا ذكره الخصاف لانه ربما يحتاج الى زيادة الشهود وانما يمكنهم اداء الشهادة
بعد قيام الختم وانما يقبله المكتوب اليه اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات او عزل
او لم يبق اهلا للقضاء قبل وصول الكتاب لا يقبله لانه التحق بواحد من الرعايا
ولهذا لا يقبل اخباره قاضيا آخر في غير عمله او في غير عملهما وكذا لو مات المكتوب اليه
الا اذا كتب الى فلان بن فلان قاضي بلد كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين
لان غيره صار تبعا له وهو معرف بخلاف ما اذا كتب ابتداء الى كل من يصل اليه على
ما عليه مشايخنا لانه غير معرف ولو كان مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه
ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص لان فيه شبهة البدلية
فصار كالشهادة على الشهادة ولان مبناهما على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتهما

فصل آخر

قال ويجوز قضاء المرأة في كل شيء الا في الحدود والقصاص اعتبارا
بشهادتها وقد مر الوجه وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء الا ان يفوض اليه
ذلك لانه قلد القضاء دون التقليد به فصار كتوكيل الوكيل بخلاف المامور باقامة
الجمعة حيث يستخلف لانه على شرف الفوات لتوقته فكان الامر به اذنا بالاستخلاف
دلالة ولا كذلك القضاء ولو قضى الثاني بمحضر من الاول او قضى الثاني فاجاز الاول
جاز كما في الوكالة وهذا لانه حضره رأي الاول وهو الشرط واذا فوض اليه يملكه
فيصير الثاني نائبا عن الاصيل حتى لا يملك الاول عزله قال واذا رفع الى القاضي حكم حاكم

امضاه الا ان يخالف الكتاب او السنة او الاجماع بان يكون قولا لا دليل عليه وفي الجامع
الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك امضاه
والاصل ان القضاء متى لاقى فصلا مجتهدا فيه ينفذ ولا يرده غيره لان اجتهاد الثاني
كاجتهاد الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه ولو قضى
في المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي حنيفة وان كان عامدا ففيه روايتان ووجه النفاذ
انه ليس بخطأ بيقين وعندهما لا ينفذ في الوجهين لانه قضى بما هو خطأ عنده وعليه
الفتوى ثم المجتهد فيه ان لا يكون مخالفا لما ذكرنا والمراد بالسنة المشهورة منها وفيما
اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر بمخالفة البعض وذلك خلاف وليس باختلاف والمعتبر الاختلاف
في الصدر الاول قال وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريمه فهو في الباطن كذلك
عند ابي حنيفة وكذا اذا قضى باحلال وهذا اذا كانت الدعوى بسبب معين وهي مسئلة
قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور وقد مر في النكاح ولا يقضي القاضي
على غائب الا ان يحضر من يقوم مقامه وقال الشافعي يجوز لوجود الحجة وهي البينة فظهر
الحق ولنا ان العمل بالشهادة لقطع المنازعة ولا منازعة دون الانكار ولم يوجد ولانه
يحتمل الاقرار والانكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء لان احكامهما مختلفة ولو انكر
ثم غاب فكذلك لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء وفيه خلاف ابي يوسف
ومن يقوم مقامه قد يكون بانابته او بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد يكون
حكما بان كان ما يدعى على الغائب سببا لما يدعيه على الحاضر وهذا في غير صورة في الكتب
اما اذا كان شرطا لحقه فلا معتبر به في جعله خصما عن الغائب وقد عرف تمامه في الجامع
قال ويقرض القاضي اموال اليتامى ويكتب ذكر الحق لان في الاقراض مصلحتهم لبقاء
الاموال محفوظة مضمونة والقاضي يقدر على الاستخراج والكتابة ليحفظه وان اقرض
الوصي ضمن لانه لا يقدر على الاستخراج والاب بمنزلة الوصي في اصح الروايتين لعجزه
عن الاستخراج **باب التحكيم** واذا حكم رجلان رجلا فحكم بينهما ورضيا
بحكمه جاز لان لهما ولاية على انفسهما فصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما وهذا اذا كان
المحكم بصفة الحاكم لانه بمنزلة القاضي فيما بينهما فيشترط اهلية القضاء ولا يجوز تحكيم
الكافر والعبد والذمي والمحدود في القذف والفاسق والصبي لانعدام اهلية
القضاء اعتبارا باهلية الشهادة والفاسق اذا حكم يجب ان يجوز عندنا كما مر في
المولى ولكل واحد من المحكمين ان يرجع ما لم يحكم عليهما لانه مقلد من جهتهما فلا يحكم

الا برضاهما واذا حكم لزمهما لصدور حكمه عن ولاية عليهما واذا رفع حكمه الى القاضي
فوافق مذهبه امضاه لانه لا فائدة في نقضه ثم في ابرامه على ذلك الوجه وان خالفه
ابطله لان حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم منه ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص لانه
لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يملكان الاباحة فلا يستباح برضاهما قالوا وتخصيص الحدود والقصاص
يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات وهو صحيح الا انه لا يفتى به ويقال يحتاج الى حكم
المولى دفعا لتجاسر العوام وان حكماه في دم خطأ فقضى بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه
لانه لا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم من جهتهم ولو حكم على القاتل بالدية في ماله رده القاضي
ويقضي بالدية على العاقلة لانه مخالف لرأيه ومخالف للنص الا اذا ثبت القتل باقراره
لان العاقلة لا تعقله ويجوز ان يسمع البينة ويقضي بالنكول وكذا بالاقرار لانه
حكم موافق للشرع ولو اخبر باقرار احد الخصمين او بعدالة الشهود وهما على تحكيمهما يقبل
قوله لان الولاية قائمة وان اخبر بالحكم لا يقبل لانقضاء الولاية وحكم الحاكم
لابويه وولده وزوجته باطل والمولى والمحكم فيه سواء وهذا لانه لا تقبل شهادته
لهؤلاء لمكان التهمة فكذلك لا يصح القضاء لهم بخلاف ما اذا حكم عليهم لانه تقبل شهادته
عليهم لانتفاء التهمة فكذلك القضاء ولو حكما رجلين لا بد من اجتماعهما لانه امر يحتاج فيه
الى الرأي **مسائل شتى** من كتاب القضاء واذا كان علو لرجل وسفل لآخر
فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوة عند ابي حنيفة معناه بغير
رضا صاحب العلو وقالا يصنع ما لا يضر بالعلو وعلى هذا الخلاف اذا اراد صاحب
العلو ان يبني على علوه قيل ما حكي عنهما تفسير لقول ابي حنيفة فلا خلاف وقيل الاصل
عندهما الاباحة لانه تصرف في ملكه والملك يقتضي الاطلاق والحرمة بعارض الضرر
فاذا اشكل لم يجز المنع والاصل عنده الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق محترم
للغير كحق المرتهن والمستأجر والاطلاق بعارض فاذا اشكل لا يزول المنع على انه
لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء او نقضه فيمنع عنه قال واذا كانت
زائغة مستطيلة تنشعب منها زائغة مستطيلة وهي غير نافذة فليس لاهل الزائغة
الاولى ان يفتحوا بابا في الزائغة القصوى لان فتحه للمرور ولا حق لهم في المرور اذ هو
لاهلها خصوصا حتى لا يكون لاهل الاولى فيما بيع فيها حق الشفعة بخلاف النافذة
لان المرور فيها حق العامة قيل المنع من المرور لا من فتح الباب لانه رفع جداره
والاصح ان المنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة ولانه

عشاه يدعي الحق في العضوي من كتب الباب قال وان كانت مسدودة قدامه فطرفاها
فلهم ان يفتحوا لان لكلهم حق المرور في كلها اذ هي ساحة مشتركة ولهذا يستحقون الشفعة
اذا بيعت دار منها قال ومن ادعى في دار دعوى وانكرها الذي هي في يده ثم صالحه
منها فهو جائز وهي مسئلة الصلح على الانكار وسنذكرها في الصلح ان شاء الله تعالى
والمدعى وان كان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لانه جهالة في
الساقط فلا تفضي الى المنازعة على ما عرف قال ومن ادعى دارا في يد رجل انه وهبها
له في وقت فسئل البينة فقال جحدني الهبة فاشتريتها واقام البينة على الشراء قبل
الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل بينته لظهور التناقض اذ هو يدعي الشراء
بعد الهبة وهم يشهدون به قبلها ولو شهدوا به بعدها تقبل لوضوح التوفيق ولو كان
ادعى الهبة ثم اقام البينة على الشراء قبلها ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها لم تقبل ايضا
ذكره في بعض النسخ لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب ودعوى الشراء رجوع منه
فعد مناقضا بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة لانه تقرر ملكه عندها قال ومن قال لآخر
اشتريت مني هذه الجارية فانكر ان اجمع البائع على ترك الخصومة وسعه ان يطأها
لان المشتري لما جحد كان فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت به كما اذا تجاحدا فاذا عزم
البائع على ترك الخصومة تم الفسخ وبمجرد العزم وان كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن
بالفعل وهو امساك الجارية ونقلها وما يضاهيه ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من
المشتري فات رضاء البائع فيستبد بفسخه قال ومن اقر انه قبض من فلان عشرة دراهم
ثم ادعى انها زيوف صدق وفي بعض النسخ اقتضى وهو عبارة عن القبض ايضا
ان الزيوف من جنس الدراهم الا انها معيبة ولهذا لو تجوز به في الصرف والسلم جاز
والقبض لا يختص بالجياد فيصدق لانه انكر قبض حقه بخلاف ما اذا اقر انه قبض الجياد
او حقه او الثمن او استوفى لاقراره بقبض الجياد صريحا او دلالة فلا يصدق
والنبهرجة كالزيوف وفي الستوقة لا يصدق لانه ليس من جنس الدراهم حتى لا يجوز
فيما ذكرنا والزيف ما زيفه بيت المال والنبهرجة ما يرده التجار والستوقة
ما يغلب عليها الغش قال ومن قال لآخر لك علي الف درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال
في مكانه بل لي عليك الف درهم فليس عليه شيء لان اقراره هو الاول وقد ارتد برد
المقر له والثاني دعوى فلا بد من الحجة او تصديق خصمه بخلاف ما اذا قال اشتريت
وانكر له ان يصدقه لان احد العاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد والمعنى

انه

انه جحده فبقي العقد فعمل التصديق اما المقر له ينفرد برد الاقرار فافترقا قال
ومن ادعى على آخر مالا فقال ما كان لك علي شيء قط فاقام المدعي البينة على الف
واقام هو البينة على القضاء قبلت بينته وكذلك على الابراء وقال زفر لا
تقبل لان القضاء يتلو الوجوب وقد انكره فيكون مناقضا ولنا ان التوفيق
ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه الا ترى انه يقال قضى بباطل وقد
يصالح على شيء فيثبت ثم يقضى وكذا لو قال ليس لك علي شيء قط لان التوفيق
اظهر ولو قال ما كان لك علي شيء قط ولا اعرفك لم تقبل بينته على القضاء
وكذا على الابراء لتعذر التوفيق لانه لا يكون بين اثنين اخذ واعطاء وقضاء
واقتضاء ومعاملة ومصالحة بدون المعرفة وذكر القدوري انه تقبل ايضا
لان المحتجب والمخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيامر بعض وكلائه بارضائه
ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فامكن التوفيق قال ومن ادعى على آخر انه باع منه جارية
فقال لم ابعها منك قط فاقام البينة على الشراء فوجد بها اصبعا زائدة فاقام
البائع البينة انه برئ اليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع وعن ابي يوسف انه تقبل
اعتبارا بما ذكرنا ووجه الظاهر ان شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء
وصف السلامة الى غيره فيستدعي وجود البيع وقد انكره فكان مناقضا
بخلاف الدين لانه قد يقضى وان كان باطلا على ما مر قال ذكر حق كتب في اسفله
ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه ان شاء الله او كتب في شراء فعلى
فلان خلاص ذلك وتسليمه ان شاء الله تعالى بطل الذكر كله وهذا عند ابي حنيفة وقالا
ان شاء الله هو على الخلاص وعلى من قام بذكر الحق وقولهما استحسان ذكره في الاقرار
لان الاستثناء ينصرف الى ما يليه لان الذكر للاستيثاق وكذا الاصل في الكلام
الاستبداد وله ان الكل كشيء واحد بحكم العطف فينصرف الى الكل كما في الكلمات
المعطوفة مثل قوله عبده حر وامراته طالق وعليه المشي الى بيت الله تعالى ان شاء
الله تعالى ولو ترك فرجة قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت

فصل في القضاء بالمواريث

قال واذا مات نصراني فجاءت امراته مسلمة
فقالت اسلمت بعد موته وقالت الورثة اسلمت قبل موته فالقول قول الورثة
وقال زفر القول قولها لان الاسلام حادث فيضاف الى اقرب الاوقات ولنا
ان سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما في جريان ماء

الطاحونة وهذا ظاهر يعتبر للدفع وما ذكره يعتبر للاستحقاق ولو مات المسلم وله امرأة
نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة بل اسلمت
بعد موته فالقول قولهم ايضا ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهي محتاجة
اليه اما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم ظاهر الحدوث ايضا ومن مات وله في يد
رجل اربعة الاف درهم وديعة فقال المستودع هذا ابن الميت لا وارث له غيره فانه
يدفع المال اليه لانه اقر ان ما في يده حق الوارث خلافة فصار كما اذا اقر انه حق
المورث وهو حي اصالة بخلاف ما اذا اقر لرجل انه وكيل المودع بالقبض او انه اشتراه
منه حيث لا يؤمر بالدفع لانه اقر بقيام حق المودع اذ هو حي فيكون اقرارا على مال
الغير ولا كذلك بعد موته بخلاف المديون اذا اقر بتوكيل غيره بالقبض لان الديون
تقضى بامثالها فيكون اقرارا على نفسه فيؤمر بالدفع اليه فلو قال المودع لآخر هذا
ابنه ايضا وقال الاول ليس له ابن غيره قضى بالمال للاول لانه لما صح اقراره للاول
انقطع يده عن المال فيكون هذا اقرارا على الاول فلا يصح كما اذا كان الاول ابنا معروفا
ولانه حين اقر للاول لا مكذب له فصح وحين اقر للثاني له مكذب فلم يصح قال واذا
قسم الميراث بين الغرماء والورثة فانه لا يؤخذ منهم كفيل ولا من وارث وهذا شيء احتاط به بعض
القضاة وهو ظلم وهذا عند ابي حنيفة وقالا يؤخذ الكفيل والمسألة فيما اذا ثبت الدين
والارث بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثا غيره لهما ان القاضي ناظر للغيب
والظاهر ان في التركة وارثا غائبا او غريما غائبا لان الموت قد يقع بغتة فيحتاط
بالكفالة كما اذا دفع الآبق واللقطة الى صاحبه واعطى امرأة الغائب النفقة من ماله
ولابي حنيفة ان حق الحاضر ثابت قطعا او ظاهرا فلا يؤخر لحق موهوم الى زمان
التكفيل كمن اثبت الشراء ممن في يده او اثبت الدين على العبد حتى بيع في دينه لا يكفل
ولان المكفول له مجهول فصار كما اذا كفل لاحد الغرماء بخلاف النفقة لان حق الزوجة
ثابت وهو معلوم واما الآبق واللقطة ففيه روايتان والاصح انه على الخلاف وقيل
ان دفع بعلامة اللقطة او اقرار العبد يكفل بالاجماع لان الحق غير ثابت ولهذا
كان له ان يمنع وقوله ظلم اي ميل عن سواء السبيل وهذا يكشف عن مذهبه ان المجتهد
يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض قال واذا كانت الدار في يد رجل واقام الآخر البينة
ان اباه مات وتركها ميراثا بينه وبين اخيه فلان الغائب قضى له بالنصف وترك
النصف الآخر في يد الذي هي في يده ولا يستوثق منه بكفيل وهذا عند ابي حنيفة وقالا

ازهار

ان كان الذي هي في يده جاحدا اخذ منه وجعل في يد امين وان لم يجحد ترك في يده لهما
ان الجاحد خائن فلا يترك المال في يده بخلاف المقر لانه امين وله ان القضاء وقع للميت مقصودا
واحتمال كونه مختارا للميت ثابت فلا ينقض يده كما اذا كان مقرا وجحوده قد ارتفع بقضاء
القاضي والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضي ولو
كانت الدعوى في منقول فقد قيل يؤخذ منه بالاتفاق لانه يحتاج فيه الى الحفظ و
النزع ابلغ فيه بخلاف العقار لانها محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصي بيع المنقول
على الكبير الغائب دون العقار وكذا حكم وصي الام والاخ والعم على الصغير وقيل المنقول
على الخلاف ايضا وقول ابي حنيفة فيه اظهر لحاجته الى الحفظ وانما لا يؤخذ الكفيل
لانه انشاء خصومة والقاضي انما نصب لقطعها لا لانشائها واذا حضر الغائب لا يحتاج
الى اعادة البينة ويسلم النصف اليه بذلك القضاء لان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين
فيما يستحق له وعليه دينا كان او عينا لان المقضي له وعليه انما هو الميت في الحقيقة و
واحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك بخلاف الاستيفاء لنفسه لانه عامل فيه لنفسه
فلا يصلح نائبا عن غيره ولهذا لا يستوفي الا نصيبه وصار كما اذا قامت البينة بدين
الميت الا انه انما يثبت استحقاق الكل على احد الورثة اذا كان الكل في يده ذكره في الجامع
لانه لا يكون خصما بدون اليد فيقتصر القضاء على ما في يده ومن قال مالي في المساكين
صدقة فهو على ما فيه الزكاة وان اوصى بثلث ماله فهو على كل شيء والقياس ان يلزمه
التصدق بالكل وبه قال زفر لعموم اسم المال كما في الوصية وجه الاستحسان ان ايجاب العبد
معتبر بايجاب الله تعالى فينصرف ايجابه الى ما اوجب الشرع فيه الصدقة من المال اما الوصية
فاخت الميراث لانها خلافة كهي فلا تختص بمال دون مال ولان الظاهر التزام الصدقة من
فاضل ماله وهو مال الزكاة اما الوصية فتقع في حال الاستغناء فينصرف الى الكل و
يدخل فيه الارض العشرية عند ابي يوسف لانها سبب الصدقة اذ جهة الصدقة في العشر راجحة
عنده وعند محمد لا تدخل لانه سبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجحة عنده ولا تدخل ارض
الخراج بالاجماع لانه يتمحض مؤنة ولو قال ما املكه صدقة في المساكين فقد قيل يتناول
كل مال لانه اعم من لفظ المال والمقيد ايجاب الشرع وهو مختص بلفظة المال فلا مخصص
في لفظ الملك فبقي على العموم والصحيح انهما سواء لان الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة
على ما مر ثم اذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الايجاب يمسك من ذلك قوته ثم اذا
اصاب شيئا تصدق بما امسك لان حاجته هذه مقدمة ولم يقدر لاختلاف احوال الناس

كذا
اخت

فيه وقيل المحترف يمسك قوته ليوم وصاحب الغلة لشهر وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت
في مدة وصولهم الى المال وعلى هذا صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله قال ومن
اوصى اليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئا من التركة فهو وصي والبيع جائز ولا يجوز بيع
الوكيل حتى يعلم وعن ابي يوسف انه لا يجوز في الفصل الاول ايضا لان الوصاية انابة
بعد الموت فيعتبر بالانابة قبله وهي الوكالة ووجه الفرق على الظاهر ان الوصاية
خلافة لاضافتها الى زمان بطلان الانابة فلا يتوقف على العلم كما في تصرف الوارث
اما الوكالة انابة لقيام ولاية المنوب عنه فيتوقف على العلم وهذا لانه لو توقف
لا يفوت النظر لقدرة الموكل وفي الاول يفوت لعجز الموصي ومن اعلمه من الناس
بالوكالة يجوز تصرفه لانه اثبات حق لا الزام امر وهو من المعاملات قال ولا يكون
النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل وهذا عند ابي حنيفة وقالا
هو والاول سواء لانه من المعاملات وبالواحد فيها كفاية وله انه خبر ملزم فيكون
شهادة من وجه فيشترط احد شطريها وهو العدد او العدالة بخلاف الاول وبخلاف
رسول الموكل لان عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسال وعلى هذا الخلاف اذا اخبر البينة
المولى بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر قال واذا باع القاضي او
امينه عبدا للغرماء واخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن لان امين القاضي قائم مقام
القاضي والقاضي مقام الامام وكل منهم لا يلحقه ضمان كيلا يتقاعد عن قبول هذه
الامانة فتضيع الحقوق ويرجع المشتري على الغرماء لان البيع واقع لهم فيرجع عليهم عند
تعذر الرجوع على العاقد كما اذا كان العاقد محجورا عليه ولهذا يباع بطلبهم وان امر
القاضي الوصي ببيعه للغرماء ثم استحق او مات قبل القبض وضاع المال رجع المشتري على
الوصي لانه عاقد نيابة عن الميت وان كان باقامة القاضي عنه فصار كما اذا باعه
بنفسه قال ورجع الوصي على الغرماء لانه عامل لهم وان ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه
بدينه قالوا ويجوز ان يقال يرجع بالمائة التي غرمها ايضا لانه لحقه في امر الميت
والوارث اذا بيع له بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملا له

فصل آخر واذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه او بالقطع فاقطعه
او بالضرب فاضربه وسعك ان تفعل وعن محمد انه رجع عن هذا وقال لا تاخذ بقوله
حتى تعاين الحجة لان قوله يحتمل الغلط والخطأ والتدارك غير ممكن وعلى هذه الرواية
لا يقبل كتابه واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال اكثر القضاة الا في كتاب

القاضي

الى القاضي للحاجة اليه ووجه الظاهر انه اخبر عن امر يملك انشاءه فيقبل لخلوه عن التهمة ولان
طاعة اولي الامر واجبة وفي تصديقه طاعة وقال الامام ابو منصور رحمه الله ان كان
عدلا عالما يقبل قوله لانعدام تهمة الخطأ والخيانة وان كان عدلا جاهلا يستفسر
فان احسن وجب تصديقه والا فلا وان كان جاهلا فاسقا او عالما فاسقا
لا يقبل الا ان يعاين سبب الحكم لتهمة الخطأ والخيانة قال واذا عزل القاضي
فقال لرجل اخذت منك الفا ودفعتها الى فلان قضيت بها عليك فقال الرجل
اخذتها ظلما فالقول قول القاضي وكذلك اذا قال قضيت بقطع يدك في حق
اذا كان الذي قطعت يده والذي اخذ منه المال مقرين انه فعل ذلك وهو قاض
ووجهه انهما لما توافقا انه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهدا له اذ القاضي
لا يقضي بالجور ظاهرا ولا يمين عليه لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين
على القاضي ولو اقر القاطع او الآخذ بما اقر به القاضي لا يضمن ايضا لانه فعله في حالة
القضاء ودفع القاضي صحيح كما اذا كان معاينا ولو زعم المقطوع يده والمأخوذ
ماله انه فعل قبل التقليد او بعد العزل فالقول قول القاضي ايضا هو الصحيح لانه اسند
فعله الى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما اذا قال طلقت او اعتقت وانا مجنون
والجنون منه كان معهودا ولو اقر القاطع والآخذ في هذا الفصل بما اقر به القاضي يضمنان
لانهما اقرا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في ابطال
سبب الضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولو كان
المال في يد الآخذ قائما وقد اقر بما اقر به القاضي والمأخوذ منه المال صدق القاضي
في انه فعله في قضائه او ادعى فعله في غير قضائه يؤخذ منه لانه اقر ان اليد كانت
له فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول المعزول فيه ليس بحجة والله تعالى اعلم

كتاب الشهادات

قال الشهادة فرض يلزم الشهود اداؤها ولا يسعهم
كتمانها اذا طالبهم المدعي لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وقوله تعالى
ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه وانما يشترط طلب المدعي لانها حقه
فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق والشهادة في الحدود يخير فيها الشاهد بين الستر
والاظهار لانه بين حسبتين اقامة الحد والتوقي عن الهتك قال والستر افضل
لقوله عليه السلام للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وقال عليه السلام من ستر
على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وفيما نقل من تلقين الدرء عن النبي عليه السلام

لا يمين على القاضي صح

لانه لو لزمه اليمين لصار خصما وقضاء الخصم لا ينفذ كذا في ... وهذا ... لا يمتنع الناس عن الدخول في القضاء فيتعطل امور الناس انتهى

واصحابه رضي الله تعالى عنهم دلالة ظاهرة على افضلية الستر الا انه يجب ان يشهد بالمال في السرقة
فيقول اخذ احياء لحق المسروق منه ولا يقول سرق محافظة على الستر ولانه لو ظهرت
السرقة وجب القطع والضمان لا يجامع القطع فلا يحصل احياء حقه قال والشهادة
على مراتب منها الشهادة في الزنى يعتبر فيها اربعة من الرجال لقوله تعالى واللاتي يأتين
الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم ولقوله تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء
ولا تقبل فيها شهادة النساء لحديث الزهري رضي الله عنه مضت السنة من لدن رسول الله
صلى الله تعالى عليه وسلم والخليفتين من بعده ان لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص
ولان فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات
ومنها الشهادة ببقية الحدود والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى
واستشهدوا شهيدين من رجالكم ولا تقبل فيها شهادة النساء لما ذكرنا قال وما سوى
ذلك من الحقوق تقبل فيها شهادة رجلين او رجل وامرأتين سواء كان الحق مالا او غير
مال مثل النكاح والطلاق والوكالة والوصية ونحو ذلك وقال الشافعي لا تقبل
شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها لان الاصل فيها عدم القبول
لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فانها لا تصلح للامارة ولهذا
لا تقبل في الحدود ولا تقبل شهادة الاربع منهن وحدهن الا انها قبلت في الاموال
ضرورة والنكاح اعظم خطرا واقل وقوعا فلا يلحق بما هو ادنى خطرا واكثر وجودا فلا يلحق
ولنا ان الاصل فيها القبول لوجود ما يبتنى عليه اهلية الشهادة وهو المشاهدة والضبط
والاداء اذ بالاول يحصل العلم للشاهد وبالثاني يبقى وبالثالث يحصل العلم للقاضي
ولهذا تقبل اخبارها في الاخبار ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الاخرى
اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة فلهذا لا تقبل فيما يندرئ بالشبهات وهذه الحقوق
تثبت مع الشبهات وعدم قبول الاربع على خلاف القياس كيلا يكثر خروجهن قال
وتقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال
شهادة امرأة واحدة لقوله عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال
النظر اليه والجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس فيتناول الاقل وهو حجة على الشافعي
في اشتراط الاربع ولانه انما سقطت الذكورة ليخف النظر لان نظر الجنس الى الجنس اخف
فكذا يسقط اعتبار العدد الا ان المثنى والثلاث احوط لما فيه من معنى الالزام ثم
حكمها في الولادة شرحناه في الطلاق واما حكم البكارة فان شهدن انها بكر

في م

يؤجل في العنين ويفرق بعده لانها تأيدت بمؤيد اذ البكارة اصل وكذا رد المبيع اذا
اشتراها بشرط البكارة فان قلن انها ثيب يحلف البائع لينضم نكوله الى قولهن والعيب
يثبت بقولهن فيحلف البائع واما شهادتهن على استهلال الصبي لا تقبل عند ابي حنيفة
في حق الارث لانه مما يطلع عليه الرجال الا في حق الصلاة لانه من امور الدين وعندهما
عادة م تقبل في حق الارث ايضا لانه صوت عند الولادة ولا يحضرها الرجال عادة فصار
كشهادتهن على نفس الولادة قال ولا بد في ذلك كله من العدالة ولفظ الشهادة
فان لم يذكر الشاهد لفظ الشهادة وقال اعلم او اتيقن لم تقبل شهادته اما العدالة
فلقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء ولقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم ولان
سف العدالة هي المعينة للصدق لان من يتعاطى غير الكذب من المعاصي قد يتعاطاه وعن ابي يوسف
ان الفاسق اذا كان وجيها في الناس ذا مروءة تقبل شهادته لانه لا يستأجر لوجاهته
ويمتنع عن الكذب لمروءته والاول اصح الا ان القاضي لو قضى بشهادة الفاسق يصح عندنا
والمسألة معروفة واما لفظ الشهادة فلان النصوص نطقت باشتراطها اذ الامر فيها
بهذه اللفظة ولان فيها زيادة توكيد فان قوله اشهد من الفاظ اليمين فكان
الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة اشد وقوله في ذلك كله اشارة الى جميع ما تقدم حتى
يشترط العدالة ولفظ الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح لانه
شهادة لما فيه من معنى الالزام حتى اختص بمجلس القضاء ويشترط فيه الحرية والاسلام
قال ابو حنيفة يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسأل حتى يطعن الخصم لقوله عليه السلام
المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف ومثل ذلك عن عمر رضي الله عنه
ولان الظاهر هو الانزجار عما هو محرم دينه وبالظاهر كفاية اذ لا وصول الى القطع
الا في الحدود والقصاص فانه يسأل عن الشهود لانه يحتال لاسقاطها فيشترط
الاستقصاء فيها ولان الشبهة فيها دارئة وان طعن الخصم فيهم سأل عنهم لانه تقابل
الظاهران فيسأل طلبا للترجيح وقال ابو يوسف ومحمد لا بد ان يسأل عنهم في السر والعلانية
في سائر الحقوق لان القضاء مبناه على الحجة وهي شهادة العدول فيتعرف عن
هذا م العدالة وفيه صون قضائه عن البطلان وقيل هذا اختلاف عصر وزمان والفتوى
على قولهما في هذا الزمان ثم التزكية في السر ان يبعث المستورة الى المعدل فيها
النسب والحلى والمصلى ويردها المعدل كل ذلك في السر كيلا يظهر فيخدع او يقصد
وفي العلانية لا بد ان يجمع بين المعدل والشاهد لتنتفي شبهة تعديل غيره وقد كان

العلانية وجمعها في الصدر الاول ووقع الاكتفاء بالسر في زماننا تحرزا عن الفتنة
ويروى عن محمد تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لا بد ان يقول المعدل هو حر عدل
جائز الشهادة لان العبد قد يعدل وقيل يكتفى بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة بالدار
وهذا اصح قال وفي قول من رأى ان يسأل عن الشهود لم يقبل قول الخصم
انه عدل معناه قول المدعى عليه وعن ابي يوسف ومحمد انه يجوز تزكيته لكن عند محمد
تضم تزكية آخر الى تزكيته لان العدد عنده شرط ووجه الظاهر ان في زعم المدعي
وشهوده ان الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره فلا يصلح معدلا وموضوع المسئلة
اذا قال هم عدول الا انهم اخطأوا او نسوا اما اذا قال صدقوا او هم عدول
صدقة فقد اعترف بالحق قال واذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود واحدا
جاز والاثنان افضل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز الا اثنان
والمراد منه المزكي وعلى هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكي والمترجم عن الشاهد
له ان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القضاء تبتني على ظهور العدالة وهو بالتزكية
فيشترط فيه العدد كما يشترط العدالة فيه وتشترط الذكورة في المزكي في الحدود ولهما
انه ليس في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظ الشهادة ومجلس القضاء واشتراط
العدد امر حكمي في الشهادة فلا يتعداها ولا يشترط اهلية الشهادة في المزكي في تزكية
السر حتى صلح العبد مزكيا فاما في تزكية العلانية فهو شرط وكذا العدد بالاجماع
على ما قاله الخصاف لاختصاصها بمجلس القضاء قالوا يشترط الاربعة في تزكية شهود
الزنى عند محمد **فصل** ما يتحمله الشاهد على ضربين احدهما ما يثبت حكمه
بنفسه مثل البيع والاقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع ذلك الشاهد او
رآه وسعه ان يشهد به وان لم يشهد عليه لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الركن في اطلاق
الاداء قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال النبي عليه السلام اذا علمت مثل
الشمس فاشهد والا فدع قال ويقول اشهد انه باع ولا يقول اشهدني لانه كذب ولو
سمع من وراء الحجاب لا يجوز له ان يشهد ولو فسر للقاضي لا يقبله لان النغمة تشبه
النغمة الا اذا كان دخل البيت وعلم انه ليس فيه احد سواه ثم جلس على الباب وليس في البيت
مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه لانه حصل العلم في هذه الصورة ومنه
ما لا يثبت حكمه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهدا يشهد بشيء لم يجز ان
يشهد على شهادته الا ان يشهده عليه لان الشهادة غير موجبة بنفسها وانما تصير موجبة

بالنقل

بالنقل الى مجلس القضاء فلا بد من الانابة والتحميل ولم يوجد وكذا لو سمعه يشهد الشاهد
على شهادته لم يسع للسامع ان يشهد لانه ما حمله وانما حمل غيره قال ولا يحل للشاهد
اذا رأى خطه ان يشهد الا ان يتذكر الشهادة لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم قيل
هذا قول ابي حنيفة وعندهما يحل له ان يشهد وقيل هذا بالاتفاق وانما الخلاف
فيما اذا وجد القاضي شهادته في ديوانه او قضيته لان ما يكون في قمطره فهو تحت ختمه
يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فحصل له العلم ولا كذلك الشهادة في الصك لانه
في يد غيره وعلى هذا اذا ذكر المجلس الذي كانت فيه الشهادة او اخبره قوم ممن يثق بهم
انا شهدنا نحن وانت قال ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشيء لم يعاينه الا النسب
والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فانه يسعه ان يشهد بهذه الاشياء اذا
اخبره بها من يثق به والقياس ان لا يجوز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك
بالعلم ولم يحصل فصار كالبيع وجه الاستحسان ان هذه امور تختص بمعاينة اسبابها
خواص من الناس ويتعلق بها احكام تبقى على انقضاء القرون فلو لم تقبل فيها الشهادة
بالتسامع ادى الى الحرج وتعطيل الاحكام بخلاف البيع لانه يسمعه كل احد وانما يجوز
للشاهد ان يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر او باخبار من يثق به كما قال في الكتاب
ويشترط ان يخبره رجلان عدلان او رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم وقيل في الموت
يكتفى باخبار واحد او واحدة لانه قلما يشاهد حاله غير الواحد اذ الانسان يهابه
ويكرهه فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج ولا كذلك النسب والنكاح وينبغي ان يطلق
اداء الشهادة اما اذا فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع لم تقبل شهادته كما ان معاينة
اليد في الاملاك تطلق الشهادة ثم اذا فسر لا تقبل كذا هذا ولو رأى انسانا
جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حل له ان يشهد على كونه قاضيا وكذا اذا رأى
رجلا وامرأة يسكنان بيتا وينبسط كل واحد منهما الى الآخر انبساط الازواج كما
اذا رأى عينا في يد غيره ومن شهد انه شهد دفن فلان او صلى على جنازته فهو معاينة
حتى لو فسر للقاضي قبله ثم قصر الاستثناء في الكتاب على هذه الاشياء ينفي اعتبار التسامع
في الولاء والوقف وعن ابي يوسف انه يجوز في الولاء لانه بمنزلة النسب وعن محمد انه
يجوز في الوقف لانه يبقى على مر الاعصار الا انا نقول الولاء يبتنى على زوال الملك
ولا بد فيه من المعاينة فكذا فيما يبتنى عليه واما الوقف فالصحيح انه تقبل الشهادة
بالتسامع في اصله دون شرائطه لان اصله هو الذي يشتهر قال ومن كان في يده

شيء سوى العبد والامة وسعك ان تشهد انه له لان اليد اقصى ما يستدل به على الملك اذ هي
مرجع الدلالة في الاسباب كلها فيكتفى بها وعن ابي يوسف انه يشترط مع ذلك ان يقع في قلبه
انه له قالوا ويحتمل ان يكون هذا تفسيرا لاطلاق محمد في الرواية وقال الشافعي
دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا لان اليد متنوعة الى انابة وملك
قلنا والتصرف يتنوع ايضا الى نيابة واصالة ثم المسألة على وجوه ان عاين المالك
والملك حل له ان يشهد وكذا اذا عاين الملك بحدوده دون المالك استحسانا لان
النسب يثبت بالتسامع فيحصل معرفته ولكن ينبغي ان لا يفسر للقاضي سبب
التحمل اما اذا فسر لا تقبله كما ذكرنا في الموت وان لم يعاينهما او عاين المالك دون الملك
واما العبد والامة فان كان يعرف انهما رقيقان فكذلك لان الرقيق لا يكون في يد نفسه
وان كان لا يعرف انهما رقيقان الا انهما صغيران لا يعبران عن انفسهما فكذلك لانه
لا يد لهما وان كانا كبيرين فذلك مصرف الاستثناء لان لهما يدا على انفسهما فيدفع يد الغير
عنهما فانعدم دليل الملك وعن ابي حنيفة انه يحل له ان يشهد فيهما ايضا اعتبارا بالثياب
والفرق ما بيناه

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

قال ولا تقبل شهادة الاعمى
وقال زفر وهو رواية عن ابي حنيفة انه تقبل فيما يجري فيه التسامع لان الحاجة فيه
الى السماع ولا خلل فيه وقال ابو يوسف والشافعي يجوز اذا كان بصيرا وقت التحمل لحصول
العلم بالمعاينة والاداء يختص بالقول ولسانه غير مؤوف والتعريف يحصل بالنسبة
كما في الشهادة على الميت ولنا ان الاداء يفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له
والمشهود عليه ولا يميز الاعمى الا بالنغمة وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود
والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر وصار كالحدود والقصاص ولو عمي بعد
الاداء يمتنع القضاء عند ابي حنيفة ومحمد لان قيام اهلية الشهادة شرط وقت
القضاء لصيرورتها حجة عنده وقد بطلت وصار كما اذا خرس او جن او فسق
بخلاف ما اذا ماتوا او غابوا لان الاهلية بالموت انتهت وبالغيبة ما بطلت قال ولا المملوك
لان الشهادة من باب الولاية وهو لا يلي على نفسه فاولى ان لا تثبت له الولاية على غيره
قال ولا المحدود في قذف وان تاب لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة
ابدا ولانه من تمام الحد لكونه مانعا فيبقى بعد التوبة كاصله بخلاف المحدود في غير القذف
لان الرد للفسق وقد ارتفع بالتوبة وقال الشافعي تقبل اذا تاب لقوله تعالى الا
الذين تابوا استثنى التائب قلنا الاستثناء ينصرف الى ما يليه وهو قوله تعالى

واولئك

واولئك هم الفاسقون او هو استثناء منقطع بمعنى لكن قال الا ان يحد الكافر في قذف ثم اسلم
تقبل شهادته لان للكافر شهادة فكان ردها من تمام الحد وبالاسلام حدثت له
شهادة اخرى بخلاف العبد اذا حد ثم اعتق لانه لا شهادة للعبد اصلا فتمام حده برد
شهادته بعد العتق قال ولا شهادة الوالد لولده وولد ولده ولا شهادة الولد
لابويه واجداده والاصل فيه قوله عليه السلام لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد
لولده ولا المراة لزوجها ولا الزوج لامراته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده
ولا الاجير لمن استاجره ولان المنافع بين الاولاد والاباء متصلة ولهذا لا يجوز
اداء الزكاة اليهم فتكون شهادة لنفسه من وجه او تتمكن فيه التهمة قال رضي الله عنه والمراد بالاجير
على ما قالوا التلميذ الخاص الذي يعد ضرر استاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وهو معنى قوله
عليه السلام لا شهادة للقانع باهل البيت وقيل المراد الاجير مسانهة او مشاهرة او مياومة
فيستوجب الاجر بمنافعه عند اداء الشهادة فيصير كالمستاجر عليها قال ولا تقبل شهادة احد الزوجين
للاخر وقال الشافعي تقبل لان الاملاك بينهما متميزة والايدي متحيزة ولهذا
يجري القصاص والحبس بالدين بينهما ولا معتبر بما فيه من النفع لثبوته ضمنا كما في الغريم
اذا شهد لمديونه المفلس ولنا ما روينا ولان الانتفاع متصل عادة وهو المقصود فيصير
شاهدا لنفسه من وجه او يصير متهما بخلاف شهادة الغريم لانه لا ولاية له على المشهود به
قال ولا شهادة المولى لعبده لانه شهادة لنفسه من كل وجه اذا لم يكن على العبد دين
او من وجه ان كان عليه دين لان الحال موقوف مراعى قال ولا لمكاتبه لما قلنا قال ولا
شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما لانه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما ولو
شهد بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة قال وتقبل شهادة الرجل لاخيه وعمه
لانعدام التهمة لان الاملاك ومنافعها متباينة ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض
قال ولا تقبل شهادة مخنث ومراده المخنث في الرديء من الافعال لانه فاسق فاما
الذي في كلامه لين وفي اعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة قال ولا نائحة ولا مغنية
لانهما يرتكبان محرما فانه عليه السلام نهى عن الصوتين الاحمقين النائحة والمغنية قال ولا
مدمن الشرب على اللهو لانه ارتكب محرم دينه ولا من يلعب بالطيور لانه يورث غفلة ولانه
قد يقف على عورات النساء بصعوده سطحه ليطير طيره وفي بعض النسخ ولا من يلعب بالطنبور
وهو المغني قال ولا من يغني للناس لانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة قال ولا من ياتي
بابا من الكبائر التي يتعلق بها الحد للفسق قال ولا من يدخل الحمام من غير مئزر

لان كشف العورة حرام قال او يأكل الربوا او يقامر بالنرد او الشطرنج لان كل ذلك
من الكباير وكذلك من تفوته الصلاة للاشتغال بهما فاما مجرد اللعب بالشطرنج فليس
بفسق مانع من الشهادة لان للاجتهاد فيه مساغا وشرط في الاصل ان يكون آكل
الربوا مشهورا به لان الانسان قلما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك ربوا
قال ولا من يفعل الافعال المستحقرة كالبول على الطريق والاكل على الطريق لانه تارك
للمروة واذا كان لا يستحيي عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب فيتهم ولا تقبل شهادة من
يظهر سب السلف لظهور فسقه بخلاف من يكتمه وتقبل شهادة اهل الاهواء الا
الخطابية وقال الشافعي لا تقبل لانه اغلظ وجوه الفسق ولنا انه فسق من حيث الاعتقاد
وما اوقعه فيه الا تدينه به فصار كمن يشرب المثلث او ياكل متروك
التسمية عامدا مستبيحا لذلك بخلاف الفسق من حيث التعاطي اما الخطابية فهم من غلاة
الروافض يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم وقيل يرون الشهادة لشيعتهم
واجبة فتمكن التهمة في شهادتهم قال وتقبل شهادة اهل الذمة بعضهم على البعض
وان اختلفت مللهم وقال مالك والشافعي لا تقبل لانه فاسق قال الله تعالى والكافرون
هم الفاسقون فيجب التوقف في خبره ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم فصار كالمرتد
ولنا ما روي ان النبي عليه السلام اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض ولانه من اهل
الولاية على نفسه واولاده فيكون من اهل الشهادة على جنسه والفسق من حيث الاعتقاد
غير مانع لانه يجتنب ما يعتقده محرم دينه والكذب محظور الاديان بخلاف المرتد
لانه لا ولاية له وبخلاف شهادة الذمي على المسلم لانه لا ولاية له بالاضافة اليه
ولانه يتقول عليه لانه يغيظه قهره اياه وملل الكفر وان اختلفت فلا قهر فلا
يحملهم الغيظ على التقول قال ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي اراد به والله اعلم
المستامن لانه لا ولاية له عليه لان الذمي من اهل دارنا وهو اعلى حالا منه وتقبل
شهادة الذمي عليه كشهادة المسلم عليه وعلى الذمي وتقبل شهادة المستامنين بعضهم
على بعض اذا كانوا من اهل دار واحدة فان كانوا من اهل دارين كالروم والترك
لا تقبل لان اختلاف الدارين يقطع الولاية ولهذا يمنع التوارث بخلاف الذمي لانه
من اهل دارنا ولا كذلك المستامن قال وان كانت الحسنات اغلب من السيئات والرجل
ممن يجتنب الكباير قبلت شهادته وان الم بمعصية هذا هو الصحيح في حد العدالة المعتبرة
اذ لا بد من توقي الكباير كلها وبعد ذلك يعتبر الغالب كما ذكرنا فاما الالمام بمعصية

لا ينقدح به العدالة المشروطة ولا ترد الشهادة المشروعة لان في اعتبار اجتنابه
الكل سد بابه وهو مفتوح احياء للحقوق قال وتقبل شهادة الاقلف لانه
لا يخل بالعدالة الا اذا تركه استخفافا بالدين لانه لم يبق بهذا الصنيع عدلا قال
والخصي لان عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي ولانه قطع عضو منه ظلما فصار
كما اذا قطعت يده قال وولد الزنا لان فسق الابوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما
وقال مالك لا تقبل في الزنا لانه يحب ان يكون غيره كمثله فيتهم قلنا العدل لا يختار
ذلك ولا يستحبه والكلام في العدل قال وشهادة الخنثى جائزة لانه رجل او امراة
وشهادة الجنسين مقبولة بالنص قال وشهادة العمال جائزة والمراد عمال السلطان
عند عامة المشايخ لان نفس العمل ليس بفسق الا اذا كانوا اعوانا على الظلم وقيل العامل
اذا كان وجيها في الناس ذا مروة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته كما مر
عن ابي يوسف في الفاسق لانه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظا للمروة ولمهابته
لا يستاجر على الشهادة الكاذبة قال واذا شهد الرجلان ان اباهما اوصى الى فلان
والوصي يدعي فهو جائز استحسانا وان انكر الوصي لم يجز وفي القياس لا يجوز وان ادعى
وعلى هذا اذا شهد الموصى لهما بذلك او غريمان لهما على الميت او للميت عليهما دين او
شهد الوصيان انه اوصى الى هذا الرجل معهما وجه القياس انها شهادة للشاهد لعود
المنفعة اليه وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي اذا كان طالبا والموت
معروف فيكفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين لا ان يثبت بها شيء فصار
كالقرعة والوصيان اذا اقرا ان معهما ثالثا يملك القاضي نصب ثالث لعجزهما عن التصرف
باعترافهما بخلاف ما اذا انكرا ولم يعرف الموت لانه ليس له ولاية نصب الوصي فتكون
الشهادة هي الموجبة وفي الغريمين للميت عليهما دين تقبل الشهادة وان لم يكن الموت
معروفا لانهما يقران على انفسهما فيثبت الموت باعترافهما في حقهما وان شهدا
ان اباهما الغائب وكله بقبض ديونه بالكوفة فادعى الوكيل او انكر لم تقبل شهادتهما
لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت انما يثبت بشهادتهما وهي غير موجبة
لمكان التهمة قال ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح ولا يحكم بذلك لان الفسق مما لا يدخل
تحت الحكم لان له الدفع بالتوبة فلا يتحقق الالزام ولان فيه هتك الستر والستر واجب
والاشاعة حرام وانما يرخص ضرورة احياء الحقوق وذلك فيما يدخل تحت الحكم
الا اذا شهدوا على اقرار المدعي بذلك لان الاقرار مما يدخل تحت الحكم قال ولو اقام

أي المدعى عليه أن المدعي استأجر الشهود لم تقبل لأنه شهادة على جرح مجرد والاستئجار وإن
كان أمرا زائدا عليه فلا خصم في إثباته لأن المدعى عليه أجنبي عنه حتى لو أقام
المدعى عليه البينة أن المدعي استأجر الشهود بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة و
أعطاهم العشرة من مالي الذي كان في يده تقبل لأنه خصم في ذلك ثم يثبت الجرح
بناء عليه وكذا لو أقامها على أني صالحت الشهود على كذا من المال ودفعته إليهم
على أن لا يشهدوا علي بهذا الباطل وقد شهدوا وطالبتهم برد ذلك المال ولهذا
قلنا إنه لو أقام البينة أن الشاهد عبد أو محدود في قذف أو شارب خمر أو قاذف أو
شريك المدعي تقبل قال وإذا شهد ولم يبرح عن مكانه حتى قال أوهمت بعض شهادتي
فإن كان عدلا جازت شهادته ومعنى قوله أوهمت أي أخطأت بنسيان ما كان يحق
علي ذكره أو بزيادة كانت باطلة ووجهه أن الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة مجلس القضاء
فكان العذر واضحا فتقبل إذا تداركه في أوانه وهو عدل بخلاف ما إذا قام عن
المجلس ثم عاد وقال أوهمت لأنه يوهم الزيادة من المدعي بتلبيس وخيانة فوجب
الاحتياط ولأن المجلس إذا اتحد لحق الملحق بأصل الشهادة فصار ككلام واحد ولا
كذلك إذا اختلف وعلى هذا إذا وقع الغلط في بعض الحدود أو في بعض النسب
وهذا إذا كان موضع شبهة فأما إذا لم يكن فلا بأس بإعادة الكلام أصلا مثل
أن يدع لفظة الشهادة وما يجري مجرى ذلك وإن قام عن المجلس بعد أن يكون عدلا
وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يقبل قوله في غير المجلس إذا كان عدلا والظاهر ما ذكرناه

باب الاختلاف في الشهادة

قال الشهادة إذا وافقت الدعوى قبلت وإن
خالفتها لم تقبل لأن تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت
فيما توافقها وانعدمت فيما تخالفها قال ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى
عند أبي حنيفة فإن شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل الشهادة عنده وعندهما
تقبل على الألف إذا كان المدعي يدعي الألفين وعلى هذا المائة والمائتان و
الطلقة والطلقتان والطلقة والثلاث لهما أنهما اتفقا على الألف أو الطلقة و
تفرد أحدهما بالزيادة فيثبت ما اجتمعا عليه دون ما تفرد به أحدهما فصار كالألف
والألف والخمسمائة ولأبي حنيفة أنهما اختلفا لفظا وذلك يدل على اختلاف المعنى
لأنه يستفاد من اللفظ وهذا لأن الألف لا يعبر به عن الألفين بل هما جملتان
متباينتان فحصل على كل واحد منهما شاهد واحد وصار كما إذا اختلف جنس

المال قال وإن شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة والمدعي يدعي ألفا
وخمسمائة قبلت الشهادة على الألف لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى لأن الألف
والخمسمائة جملتان عطفت إحداهما على الأخرى والعطف يقرر الأول ونظيره
الطلقة والطلقة والنصف والمائة والمائة والخمسون بخلاف العشرة والخمسة عشر
لأنه ليس بينهما حرف العطف فهو نظير الألف والألفين وإن قال المدعي لم يكن لي
إلا الألف فشهادة الذي شهد بالألف والخمسمائة باطلة لأنه كذبه المدعي في المشهود به
وكذا إذا سكت إلا عن دعوى الألف لأن التكذيب ظاهر فلا بد من التوفيق ولو قال
كان أصل حقي ألفا وخمسمائة ولكني استوفيت خمسمائة أو أبرأته عنها قبلت لتوفيقه
قال وإذا شهدا بألف وقال أحدهما قضاه منها خمسمائة قبلت شهادتهما بالألف
لاتفاقهما عليه ولم يسمع قوله إنه قضاه لأنه شهادة فرد إلا أن يشهد معه آخر
وعن أبي يوسف أنه يقضي بخمسمائة لأن شاهد القضاء مضمون شهادته أن لا دين إلا
خمسمائة وجوابه ما قلنا قال وينبغي للشاهد إذا علم بذلك أن لا يشهد بألف حتى يقر
المدعي أنه قبض خمسمائة كيلا يصير معينا على الظلم وفي الجامع الصغير رجلان شهدا على
رجل بقرض ألف درهم فشهد أحدهما أنه قد قضاها فالشهادة جائزة على القرض لاتفاقهما
عليه وتفرد أحدهما بالقضاء على ما بينا وذكر الطحاوي عن أصحابنا أنه لا تقبل الشهادة
وهو قول زفر لأن المدعي أكذب شاهد القضاء قلنا هذا إكذاب في غير المشهود به
الأول وهو القرض ومثله لا يمنع القبول قال وإذا شهد شاهدان أنه قتل زيدا
يوم النحر بمكة وشهد آخران أنه قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم تقبل الشهادتان
لأن إحداهما كاذبة بيقين وليست إحداهما بأولى من الأخرى فإن سبقت إحداهما وقضى بها
ثم حضرت الأخرى لم تقبل لأن الأولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا تنتقض بالثانية
قال وإذا شهدا على رجل أنه سرق بقرة واختلفا في لونها قطع وإن قال أحدهما
بقرة والآخر ثورا لم يقطع وهذا عند أبي حنيفة وقالا لا يقطع في الوجهين جميعا
وقيل الاختلاف في لونين يتشابهان كالسواد والحمرة لا في السواد والبياض
وقيل الاختلاف في جميع الألوان لهما أن السرقة في السوداء غيرها في البيضاء فلم يتم
على كل فعل نصاب الشهادة وصار كالغصب بل أولى لأن أمر الحد أهم وصار كالذكورة
والأنوثة وله أن التوفيق ممكن لأن التحمل في الليالي من بعيد واللونان يتشابهان
أو يجتمعان في واحد فيكون السواد من جانب وهذا يبصره والبياض من جانب آخر وهذا يشاهده

بخلاف الغصب لان التحمل فيه بالنهار على قرب منه والدكوة والاخرية يجتمعان في دار
وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه قال ومن شهد لرجل انه اشترى
عبد فلان بالف وشهد آخر انه اشتراه بالف وخمسمائة فالشهادة باطلة لان المقصود
اثبات السبب وهو العقد ويختلف باختلاف الثمن ٢ فاختلف المشهود به ولم يتم العدد على
كل واحد ولان المدعي يكذب احد شاهديه وكذا اذا كان المدعي هو البائع ولا فرق
بين ان يدعي المدعي اقل المالين او اكثرهما لما بينا وكذلك الكتابة لان المقصود
هو العقد ان كان المدعي هو العبد فظاهر وكذا ان كان هو المولى لان العتق لا يثبت
قبل الاداء فكان المقصود اثبات السبب وكذا الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد
ان كان المدعي هو المراة او العبد او القاتل لان المقصود اثبات العقد والحاجة ماسة
اليه وان كان الدعوى من الجانب الآخر فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه
لانه ثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقي الدعوى في الدين
وفي الرهن ان كان المدعي هو الراهن لا تقبل لانه لا حظ له في الرهن فعريت الشهادة
عن الدعوى وان كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين وفي الاجارة ان كان ذلك
في اول المدة فهو نظير البيع وان كان بعد مضي المدة والمدعي هو الآجر فهو دعوى الدين
قال فاما النكاح فانه يجوز بالف استحسانا وقال ابو يوسف ومحمد هذا باطل في النكاح
ايضا وذكر في الامالي قول ابي يوسف مع قول ابي حنيفة لهما ان هذا اختلاف
في العقد لان المقصود من الجانبين السبب فاشبه البيع ولابي حنيفة ان المال في النكاح
تابع والاصل فيه الحل والازدواج والملك ولا اختلاف فيما هو الاصل فيثبت ثم اذا
وقع الاختلاف في التبع يقضى بالاقل لاتفاقهما عليه ويستوي دعوى اقل المالين والاكثر
في الصحيح ثم قيل الاختلاف فيما اذا كانت المراة هي المدعية وفيما اذا كان المدعي
هو الزوج اجماع انه لا تقبل لان مقصودها قد يكون المال ومقصوده ليس
الا العقد وقيل الخلاف في الفصلين وهذا اصح والوجه ما ذكرناه والله اعلم

فصل في الشهادة على الارث

قال ومن اقام بينة ٢ على دار انها كانت لابيه اعارها
او اودعها الذي في يده فانه ياخذها ولا يكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له
واصله انه متى ثبت ملك المورث لا يقضى به للوارث حتى يشهد الشهود انه مات و
تركها ميراثا له عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف هو يقول ان ملك الوارث ملك
المورث فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة للوارث وهما يقولان ان ملك الوارث

يتجدد في حق العين حتى يجب على الوارث الاستبراء في الجارية الموروثة ويحل للوارث الغني
ما كان صدقة على المورث الفقير فلا بد من النقل الا انه يكتفى بالشهادة على قيام ملك
المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة وكذا على قيام يده على ما نذكره ان
شاء الله تعالى وقد وجدت الشهادة على اليد في مسئلة الكتاب لان يد المستعير والمودع
والمستاجر قائمة مقام يده فاغنى ذلك عن الجر والنقل وان شهدوا انها كانت
في يد فلان مات وهي في يده جازت الشهادة لان الايدي عند الموت تنقلب
يد ملك بواسطة الضمان والامانة تصير مضمونة بالتجهيل فصار بمنزلة الشهادة
على قيام ملكه وقت الموت وان قالوا لرجل حي نشهد انها كانت في يد المدعي
منذ شهر لم تقبل وعن ابي يوسف انها تقبل لان اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا
انها كانت ملكه تقبل فكذا هذا وصار كما اذا شهدوا بالاخذ من المدعي وجه الظاهر
وهو قولهما ان الشهادة قامت بمجهول لان اليد منقضية وهي متنوعة الى ملك و
امانة وضمان فتعذر القضاء باعادة المجهول بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف
وبخلاف الاخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ولان يد ذي اليد
معاين ويد المدعي مشهود به وليس الخبر كالمعاينة قال وان اقر بذلك المدعى عليه
دفعت الى المدعي لان الجهالة في المقر به لا تمنع صحة الاقرار وان شهد شاهدان
انه اقر انها كانت في يد المدعي دفعت اليه لان المشهود به ههنا الاقرار و ٢
هو معلوم

باب الشهادة على الشهادة

قال الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق
لا يسقط بالشبهة وهذا استحسان لشدة الحاجة اليها اذ شاهد الاصل قد يعجز عن
اداء الشهادة لبعض العوارض فلو لم تجز الشهادة على شهادته ادى الى اتواء
الحقوق ولهذا جوزنا الشهادة على الشهادة وان كثرت الا ان فيها شبهة من
حيث البدلية او من حيث ان فيها زيادة احتمال وقد امكن الاحتراز عنه بجنس
الشهود فلا تقبل فيما تندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص وتجوز شهادة
شاهدين على شهادة شاهدين وقال الشافعي لا تجوز الا الاربع على كل اصل
اثنان لان كل شاهدين قائمان مقام واحد فصار كالمراتين ولنا قول علي
رضي الله عنه لا تجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين ولان نقل شهادة
الاصل من الحقوق فهما شهدا بحق ثم شهدا بحق آخر فتقبل ولا تقبل شهادة
واحد على شهادة واحد لما روينا وهو حجة على مالك ولانه حق من الحقوق

ولا بد من نصاب الشهادة قال وصفة الإشهاد أن يقول شاهد الأصل لشاهد الفرع
اشهد على شهادتي أني أشهد أن فلان بن فلان أقر عندي بكذا وأشهدني على نفسه
لأن الفرع كالنائب عنه فلا بد من التحميل والتوكيل على ما مر ولا بد أن يشهد كما يشهد
عند القاضي لينقله إلى مجلس القضاء وإن لم يقل أشهدني على نفسه جاز لأن من سمع إقرار
غيره حل له الشهادة وإن لم يقل له اشهد قال ويقول شاهد الفرع عند الأداء
أشهد أن فلانا أشهدني على شهادته أن فلانا أقر عنده بكذا وقال لي اشهد على
شهادتي بذلك لأنه لا بد من شهادته وذكر شهادة الأصل وذكر التحميل ولها
لفظ أطول من هذا وأقصر منه وخير الأمور أوساطها ومن قال أشهدني فلان
على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول له اشهد على شهادتي لأنه لا بد من التحميل
وهذا ظاهر عند محمد لأن القضاء عنده بشهادة الفروع والأصول جميعا حتى اشتركوا
في الضمان عند الرجوع وكذا عندهما لأنه لا بد من نقل شهادة الأصول لتصير حجة فيظهر
تحميل ما هو حجة قال ولا تقبل شهادة شهود الفرع إلا أن يموت شهود الأصل أو
يغيبوا مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا أو يمرضوا مرضا لا يستطيعون حضور مجلس الحاكم لأن
جوازها للحاجة وإنما تمس عند عجز الأصل وبهذه الأشياء يتحقق العجز وإنما اعتبرنا
السفر لأن المعجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكما حتى أدير عليها عدة من الأحكام
فكذا سبيل هذا الحكم وعن أبي يوسف أنه إن كان في مكان لو غدا لأداء الشهادة
لا يستطيع أن يبيت في أهله صح الإشهاد إحياء لحقوق الناس قالوا الأول أحسن
والثاني أرفق وبه أخذ الفقيه أبو الليث قال فإن عدل شهود الأصل شهود الفرع
جاز لأنهم من أهل التزكية وكذا إذا شهد شاهدان فعدل أحدهما الآخر صح لما قلنا
غاية الأمر أن فيه منفعة من حيث القضاء بشهادته لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم
في شهادة نفسه كيف وأن قوله مقبول في نفسه وإن ردت شهادة صاحبه فلا تهمة
قال وإن سكتوا عن تعديلهم جاز ونظر القاضي في حالهم وهذا عند أبي يوسف وقال محمد
لا تقبل لأنه لا شهادة إلا بالعدالة فإذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل
ولأبي يوسف أن المأخوذ عليهم النقل دون التعديل لأنه قد يخفى عليهم وإذا نقلوا
يتعرف القاضي العدالة كما إذا حضروا بأنفسهم وشهدوا قال وإن أنكر شهود الأصل
الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع لأن التحميل لم يثبت للتعارض بين الخبرين وهو
شرط قال وإذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بألف

عند الحاكم

درهم وقالا أخبرانا أنهما يعرفانها فجاء بامرأة وقالا لا ندري أهي هذه أم لا فإنه
يقال للمدعي هات شاهدين أنها فلانة لأن الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت
والمدعي يدعي الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة ونظيره
هذا إذا تحملوا الشهادة ببيع محدود بذكر حدوده وشهدوا على المشتري لا بد
من آخرين يشهدان على أن المحدود بها في يد المدعى عليه وكذا إذا أنكر المدعى عليه أن
الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يده قال وكذلك كتاب القاضي إلى القاضي
لأنه في معنى الشهادة على الشهادة إلا أن القاضي لكمال ديانته ووفور ولايته
ينفرد بالنقل قال ولو قالوا في هذين البابين التميمية لم يجز حتى ينسبوها إلى الفخذ
وهي القبيلة الخاصة وهذا لأن التعريف لا بد منه في هذا ولا يحصل بالنسبة العامة
وهي عامة إلى بني تميم لأنهم قوم لا يحصون ويحصل بالنسبة إلى الفخذ لأنها خاصة وقيل
الفرغانية نسبة عامة والأوزجندية خاصة وقيل السمرقندية والبخارية عامة وقيل
إلى السكة الصغيرة خاصة وإلى المحلة الكبيرة والمصر عامة ثم التعريف وإن كان يتم
بذكر الجد عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لأبي يوسف على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم
مقام الجد لأنه اسم الجد الأعلى فنزل منزلة الجد الأدنى **فصل** قال أبو حنيفة رحمه الله
شاهد الزور أشهره في السوق ولا أعزره وقالا نوجعه ضربا ونحبسه وهو قول
الشافعي لهما ما روي عن عمر رضي الله تعالى عنه أنه ضرب شاهد الزور أربعين سوطا
وسخم وجهه ولأن هذه كبيرة يتعدى ضررها إلى العباد وليس فيها حد مقدر فيعزر
وله أن شريحا كان يشهر ولا يضرب ولأن الانزجار يحصل بالتشهير فيكتفى به
والضرب وإن كان مبالغة في الزجر لكنه يقع مانعا عن الرجوع فوجب التخفيف نظرا
إلى هذا الوجه وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ إلى الأربعين
والتسخيم ثم تفسير التشهير منقول عن شريح رحمه الله فإنه كان يبعثه إلى سوقه إن كان سوقيا
وإلى قومه إن كان غير سوقي بعد العصر أجمع ويقول إن شريحا يقرئكم السلام ويقول
إنا أخذنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس وذكر شمس الأئمة السرخسي
أنه يشهر عندهما أيضا والتعزير والحبس على قدر ما يراه القاضي عندهما وكيفية التعزير
ما ذكرناه في الحدود وفي الجامع الصغير شاهدان أقرا أنهما شهدا بزور لم يضربا
وقالا يعزران وفائدته أن شاهد الزور في حق ما ذكرنا من الحكم هو المقر على نفسه
بذلك فأما لا طريق إلى إثبات ذلك بالبينة لأنه نفي للشهادة والبينات للإثبات

ما كانوا

كتاب الرجوع عن الشهادات

قال وإذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها
سقطت لأن الحق إنما يثبت بالقضاء والقاضي لا يقضي بكلام متناقض ولا ضمان
عليهما لأنهما ما أتلفا شيئا لا على المدعي ولا على المشهود عليه فإن حكم بشهادتهم ثم
رجعوا لم يفسخ الحكم لأن آخر كلامهم يناقض أوله فلا ينقض الحكم بالتناقض ولأنه
في الدلالة على الصدق مثل الأول وقد ترجح الأول باتصال القضاء به وعليهم ضمان
ما أتلفوه بشهادتهم لإقرارهم على أنفسهم بسبب الضمان والتناقض لا يمنع صحة الإقرار
وسنقرره من بعد إن شاء الله تعالى قال ولا يصح الرجوع إلا بحضرة الحاكم لأنه فسخ للشهادة
فيختص بما يختص به الشهادة وهو مجلس القاضي أي قاض كان ولأن الرجوع توبة والتوبة
على حسب الجناية فالسر بالسر والإعلان بالإعلان وإذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القضاء
فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما وأراد يمينهما لا يحلفان وكذا لا تقبل بينته
عليهما لأنه ادعى رجوعا باطلا حتى لو أقام البينة أنه رجع عند قاض كذا وضمنه
المال تقبل لأن السبب صحيح وإذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا
المال للمشهود عليه لأن التسبيب على وجه التعدي سبب الضمان كحافر البئر وقد سببا للإتلاف
تعديا وقال الشافعي لا يضمنان لأنه لا عبرة للتسبيب عند وجود المباشرة قلنا
تعذر إيجاب الضمان على المباشر وهو القاضي لأنه كالملجأ إلى القضاء وفي إيجابه
صرف الناس عن تقلده وتعذر استيفاؤه من المدعي لأن الحكم ماض فاعتبر التسبيب
وإنما يضمنان إذا قبض المدعي المال دينا كان أو عينا لأن الإتلاف به يتحقق ولأنه
لا مماثلة بين أخذ العين وإلزام الدين فإن رجع أحدهما ضمن النصف والأصل أن
المعتبر في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع وقد بقي من يبقى بشهادته نصف الحق
وإن شهد بالمال ثلاثة فرجع أحدهم فلا ضمان عليه لأنه بقي من يبقى بشهادته
كل الحق وهذا لأن الاستحقاق باق بالحجة والمتلف متى استحق سقط الضمان فأولى
أن يمتنع فإن رجع آخر ضمن الراجعان نصف المال لأن ببقاء أحدهم يبقى نصف الحق
وإن شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق لبقاء ثلاثة الأرباع ببقاء
من بقي وإن رجعتا ضمنتا نصف الحق لأن بشهادة الرجل بقي نصف الحق وإن شهد
رجل وعشر نسوة ثم رجعت ثمان فلا ضمان عليهن لأنه بقي من يبقى بشهادته كل الحق
وإن رجعت أخرى كان عليهن ربع الحق لأنه بقي النصف بشهادة الرجل والربع
بشهادة الباقية فبقي ثلاثة الأرباع وإن رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق

وعلى النسوة خمسة أسداسه عند أبي حنيفة وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف
لأنهن وإن كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن إلا بانضمام رجل
ولأبي حنيفة أن كل امرأتين قامتا مقام رجل قال عليه السلام في نقصان عقلهن عدلت
شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل واحد فصار كما إذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا
وإن رجع النسوة العشرة دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين لما قلنا ولو شهد
رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة لأن الواحدة ليست بشاهدة
بل هي بعض الشاهد فلا يضاف إليه الحكم وإن شهد شاهدان على امرأة بالنكاح بمقدار
مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما وكذا إذا شهدا بأقل من مهر مثلها لأن منافع
البضع غير متقومة عند الإتلاف لأن التضمين يستدعي المماثلة على ما عرف وإنما
تضمن وتتقوم بالتملك لأنها تصير متقومة ضرورة الملك إبانة لخطر المحل
وكذا إذا شهدا على رجل بتزوج امرأة بمقدار مهر مثلها لأنه إتلاف بعوض لما أن
البضع متقوم حال الدخول في الملك والإتلاف بعوض كلا إتلاف وهذا
لأن مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين الإتلاف بعوض وبينه بغير عوض
وإن شهدا بأكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة لأنهما أتلفاها من غير عوض
قال وإن شهدا ببيع شيء بمثل القيمة أو أكثر ثم رجعا لم يضمنا لأنه ليس بإتلاف
معنى نظرا إلى العوض وإن كان بأقل من القيمة ضمنا النقصان لأنهما أتلفا هذا الجزء
بلا عوض ولا فرق بين أن يكون البيع باتا أو فيه خيار البائع لأن السبب هو البيع السابق فيضاف
الحكم عند سقوط الخيار إليه فيضاف التلف إليهم وإن شهدا على رجل أنه طلق امرأته
قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر فإن كان بعد الدخول لم يضمنا لأنهما أكدا ضمانا
على شرف السقوط ألا ترى أنها لو طاوعت ابن الزوج أو ارتدت سقط المهر أصلا ولأن
الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فيوجب سقوط جميع المهر كما مر في النكاح ثم يجب نصف المهر
ابتداء بطريق المتعة فكان واجبا بشهادتهما قال وإن شهدا أنه أعتق عبده ثم رجعا
ضمنا قيمته لأنهما أتلفا مالية العبد عليه من غير عوض والولاء للمعتق لأن العتق لا يتحول
إليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولاء وإذا شهدا بقصاص ثم رجعا بعد القتل ضمنا الدية
ولا يقتص منهما وقال الشافعي يقتص منهما لوجود القتل منهما تسبيبا فأشبه المكره بل أولى
لأن الولي يعان والمكره يمنع ولنا أن القتل مباشرة لم يوجد وكذا تسبيبا لأن السبب
ما يفضي إليه غالبا ولا يفضي لأن العفو مندوب بخلاف المكره لأنه يؤثر حياته ظاهرا

ولأن الفعل الاختياري مما يقطع النسبة ثم لا أقل من الشبهة وهي دارئة للقصاص بخلاف
المال لأنه يثبت مع الشبهات والباقي يعرف في المختلف. قال: وإذا رجع شهود الفرع
ضمنوا لأن الشهادة في مجلس القضاء صدرت منهم فكان التلف مضافا إليهم. ولو
رجع شهود الأصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم لأنهم أنكروا
السبب وهو الإشهاد ولا يبطل القضاء لأنه خبر محتمل فصار كرجوع الشاهد
بخلاف ما قبل القضاء. وإن قالوا أشهدناهم وغلطنا ضمنوا وهذا عند محمد وعند
أبي حنيفة وأبي يوسف لا ضمان عليهم لأن القضاء وقع بشهادة الفروع لأن القاضي
يقضي بما يعاين من الحجة وهي شهادتهم. وله أن الفروع نقلوا شهادة الأصول فصار
كأنهم حضروا. ولو رجع الأصول والفروع جميعا يجب الضمان عندهما على الفروع لا غير
لأن القضاء وقع بشهادتهم. وعند محمد المشهود عليه بالخيار إن شاء ضمن الأصول وإن
شاء ضمن الفروع لأن القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكرنا وبشهادة
الأصول من الوجه الذي ذكر فيتخير بينهما والجهتان متغايرتان فلا يجمع بينهم في
التضمين. وإن قال شهود الفرع كذب شهود الأصل أو غلطوا في شهادتهم لم يلتفت
إلى ذلك لأن ما أمضي من القضاء لا ينتقض بقولهم ولا يجب الضمان عليهم لأنهم ما رجعوا
عن شهادتهم إنما شهدوا على غيرهم بالرجوع. قال: وإن رجع المزكون عن التزكية ضمنوا
وهذا عند أبي حنيفة وقالا لا يضمنون لأنهم أثنوا على الشهود خيرا فصاروا كشهود
الإحصان. وله أن التزكية إعمال للشهادة إذ القاضي لا يعمل بها إلا بالتزكية فصارت
في معنى علة العلة بخلاف شهود الإحصان لأنه شرط محض. قال: وإذا شهد شاهدان
باليمين وشاهدان بوجود الشرط ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين خاصة لأنه هو السبب
والتلف يضاف إلى مثبتي السبب دون الشرط المحض ألا ترى أن القاضي يقضي بشهادة
اليمين دون شهود الشرط. ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه ومعنى المسألة
يمين العتاق والطلاق قبل الدخول.

كتاب الوكالة

قال: كل عقد
جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره لأن الإنسان قد يعجز عن المباشرة
بنفسه على اعتبار بعض الأحوال فيحتاج إلى أن يوكل به غيره فيكون بسبيل منه دفعا
للحاجة. وقد صح أن النبي عليه الصلاة والسلام وكل بالشراء حكيم بن حزام وبالتزويج
عمر بن أم سلمة. قال: ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق لما قدمناه من الحاجة
إذ ليس كل أحد يهتدي إلى وجوه الخصومات. وقد صح أن عليا رضي الله عنه وكل عقيلا

وبعد ما أسن وكل عبد الله بن جعفر. وكذا بإيفائها واستيفائها إلا في الحدود والقصاص
فإن الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لأنها تندرئ بالشبهات
وشبهة العفو ثابتة حال غيبته بل هو الظاهر للندب الشرعي بخلاف غيبة الشاهد
لأن الظاهر عدم الرجوع وبخلاف حالة الحضرة لانتفاء هذه الشبهة. وليس كل أحد
يحسن الاستيفاء فلو منع عنه ينسد باب الاستيفاء أصلا. وهذا الذي ذكرناه
قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف لا تجوز الوكالة بإثبات الحدود والقصاص بإقامة
الشهود أيضا. وقول محمد مع أبي حنيفة وقيل مع أبي يوسف وقيل هذا الاختلاف
في غيبته دون حضرته لأن كلام الوكيل ينتقل إلى الموكل عند حضوره فكأنه يتكلم بنفسه. له أن
التوكيل إنابة وشبهة النيابة يتحرز عنها في هذا الباب كما في الشهادة على الشهادة
وكما في الاستيفاء. ولأبي حنيفة أن الخصومة شرط محض لأن الوجوب مضاف
إلى الجناية والظهور إلى الشهادة فيجري فيه التوكيل كما في سائر الحقوق. وعلى هذا
الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه. وكلام أبي حنيفة فيه أظهر لأن الشبهة
لا تمنع الدفع غير أن إقرار الوكيل غير مقبول عليه لما فيه من شبهة عدم الأمر به.
قال أبو حنيفة لا يجوز التوكيل بالخصومة إلا برضا الخصم إلا أن يكون الموكل مريضا
أو غائبا مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا. وقالا يجوز التوكيل بغير رضا الخصم وهو قول
الشافعي. ولا خلاف في الجواز إنما الخلاف في اللزوم. لهما أن التوكيل تصرف في
خالص حقه فلا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بتقاضي الديون. وله أن الجواب مستحق
على الخصم ولهذا يستحضره والناس متفاوتون في الخصومة فلو قلنا بلزومه يتضرر به
فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك إذا كاتبه أحدهما يتخير الآخر بخلاف المريض والمسافر
لأن الجواب غير مستحق عليهما هنالك. ثم كما يلزم التوكيل عنده من المسافر يلزم إذا أراد
السفر لتحقق الضرورة. ولو كانت المرأة مخدرة لم تجر عادتها بالبروز وحضور
مجلس الحكم قال الرازي رحمه الله يلزم التوكيل لأنها لو حضرت لا يمكنها أن تنطق بحقها
لحيائها فيلزم توكيلها. قال رضي الله عنه وهذا شيء استحسنه المتأخرون. قال: ومن
شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الأحكام لأن الوكيل
يملك التصرف من جهة الموكل فلا بد أن يكون الموكل مالكا ليملكه من غيره. ويشترط
أن يكون الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده لأنه يقوم مقام الموكل في العبارة
فلا بد أن يكون من أهل العبارة حتى لو كان صبيا لا يعقل أو مجنونا كان التوكيل

توكيل المخدرة

هو الامام الكبير ابو بكر احمد بن علي الرازي

باطلة وإذا وكل الحربي البالغ أو المأذون مثلهما جاز لأن الموكل مالك للتصرف و
الوكيل من أهل العبارة وإن وكل صبيا محجورا يعقل البيع والشري أو عبدا محجورا
جاز ولا يتعلق بهما الحقوق ويتعلق بموكلهما لأن الصبي من أهل العبارة ألا ترى
أنه ينفذ تصرفه بإذن وليه والعبد من أهل التصرف على نفسه مالك له وإنما لا يملكه
في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا في حقه إلا أنه لا يصح منهما التزام العهدة أما الصبي
لقصور أهليته والعبد لحق سيده فيلزم الموكل وعن أبي يوسف أن المشتري إذا لم يعلم
بحال البائع ثم علم أنه صبي أو محجور له خيار الفسخ لأنه دخل في العقد على أن حقوقه
تتعلق بالعاقد فإذا ظهر خلافه يتخير كما إذا عثر على عيبه قال والعقد الذي
يعقده الوكلاء على ضربين كل عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه كالبيع والإجارة
فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل وقال الشافعي تتعلق بالموكل لأن الحقوق
تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه وصار كالرسول والوكيل ؛
والوكيل بالنكاح ولنا أن الوكيل هو العاقد حقيقة لأن العقد يقوم بالكلام
وصحة عبارته لكونه آدميا وكذا حكما لأنه يستغني عن إضافة العقد إلى الموكل ولو كان
سفيرا عنه لما استغنى عن ذلك كالرسول وإذا كان كذلك كان أصيلا في الحقوق فيتعلق به عنه م
فلهذا قال في الكتاب يسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن إذا اشترى ويقبض
المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم فيه لأن كل ذلك من الحقوق والملك يثبت للموكل
خلافة عنه اعتبارا للتوكيل السابق كالعبد يتهب ويصطاد هو الصحيح قال رضي الله عنه وفي مسألة
العيب تفصيل نذكره إن شاء الله تعالى قال وكل عقد يضيفه إلى موكله كالنكاح والخلع والصلح
عن دم العمد فإن حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر
ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها لأن الوكيل فيها سفير محض ألا ترى أنه لا يستغني عن
إضافة العقد إلى الموكل ولو أضافه إلى نفسه كان النكاح له فصار كالرسول وهذا
لأن الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لأنه إسقاط فيتلاشى فلا يتصور صدوره
من شخص وثبوت حكمه لغيره فكان سفيرا والضرب الثاني من أخواته العتق على مال
والكتابة والصلح على الإنكار فأما الصلح الذي هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الأول
والوكيل بالهبة والتصدق والإعارة والإيداع والرهن والإقراض سفير أيضا
لأن الحكم فيها يثبت بالقبض وأنه يلاقي محلا مملوكا للغير فلا يجعل أصيلا
وكذا إذا كان الوكيل من جانب الملتمس وكذا الشركة والمضاربة إلا أن التوكيل

بالاستقراض باطل حتى لا يثبت الملك للموكل بخلاف الرسول فيه قال وإذا طالب
الموكل المشتري بالثمن فله أن يمنعه إياه لأنه أجنبي عن العقد وحقوقه لما أن الحقوق وإن ؛
إلى العاقد فإن دفعه إليه جاز ولم يكن للوكيل أن يطالبه به ثانيا لأن نفس
الثمن المقبوض حقه وقد وصل إليه ولا فائدة في الأخذ منه ثم في الدفع إليه
ولهذا لو كان للمشتري على الموكل دين يقع المقاصة ولو كان له عليهما دين يقع
المقاصة بدين الموكل أيضا دون دين الوكيل وبدين الوكيل إذا كان وحده
إن كان يقع المقاصة عند أبي حنيفة ومحمد لما أنه يملك الإبراء عنه عندهما
ولكنه يضمنه للموكل في الفصلين

باب الوكالة بالبيع والشرى فصل في الشرى

قال ومن وكل رجلا بشراء شيء فلا بد من تسمية جنسه وصفته أو جنسه ومبلغ
ثمنه ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الائتمار إلا أن يوكله وكالة عامة فيقول
ابتع لي ما رأيت لأنه فوض الأمر إلى رأيه فأي شيء يشتريه يكون ممتثلا والأصل
أن الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف استحسانا لا وفي القياس لا يجوز
وإن قلت الجهالة اعتبارا بالبيع وهذا لأن الوكيل يصير كالبائع من الموكل لأن
مبنى التوكيل على التوسعة لأنه استعانة وفي اعتبار هذا الشرط بعض الحرج وهو
مدفوع ثم إن كان اللفظ يجمع أجناسا أو ما هو في معنى الأجناس لا يصح التوكيل
وإن بين الثمن لأن بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدري مراد الآمر لتفاحش
الجهالة وإن كان جنسا يجمع أنواعا لا يصح إلا ببيان الثمن أو النوع لأن بتقدير
الثمن يصير النوع معلوما وبذكر النوع تقل الجهالة فلا يمنع الامتثال مثاله إذا وكله
بشراء عبد أو جارية لا يصح لأنه يشمل أنواعا فإن بين النوع كالتركي والحبشي
المولد خالد والهندي والسندي والمولد جاز وكذا إذا بين الثمن لما ذكرناه ولو بين
النوع أو الثمن ولم يبين صفة الجودة والرداءة والسطة جاز لأنه جهالة
مستدركة ومراده من الصفة المذكورة في الكتاب النوع وفي الجامع الصغير
ومن قال لآخر اشتر لي ثوبا أو دابة أو دارا فالوكالة باطلة للجهالة الفاحشة
فإن الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الأرض وفي العرف يطلق
على الخيل والحمار والبغل فقد جمع أجناسا وكذا الثوب لأنه يتناول الملبوس
من الأطلس إلى الكساء ولهذا لا يصح تسميته مهرا وكذا الدار تشمل ما هو في معنى
الأجناس لأنها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الأغراض والجيران والمرافق

والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال قال وان سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب
جاز معناه نوعه وكذا اذا سمى نوع الدابة بان قال حمارا ونحوه قال ومن دفع
الى آخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاما فهو على الحنطة ودقيقها والقياس على كل مطعوم
اعتبارا للحقيقة كما في اليمين على الاكل اذ الطعام اسم لما يطعم وجه الاستحسان ان العرف
املك وهو على ما ذكرناه اذا ذكر مقرونا بالبيع والشراء ولا عرف في الاكل
فبقي على الوضع وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان كان
فيما بين ذلك فعلى الدقيق قال واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله ان يرده
بالعيب ما دام المبيع في يده لانه من حقوق العقد وهي كلها اليه فان سلمه الى
الموكل لم يرده الا باذنه لانه انتهى حكم الوكالة ولان فيه ابطال يده
الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه ولهذا كان خصما لمن يدعي في المشتري دعوى
كالشفيع وغيره قبل التسليم الى الموكل لا بعده قال ويجوز التوكيل بعقد الصرف
والسلم لانه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به دفعا للحاجة على ما مر ومراده التوكيل
بالاسلام دون قبول السلم لان ذلك لا يجوز فان الوكيل يبيع طعاما في ذمته
على ان يكون الثمن لغيره وهذا لا يجوز فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل
العقد لوجود الافتراق من غير قبض ولا يعتبر مفارقة الموكل لانه ليس بعاقد
والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان كان لا يتعلق به الحقوق
كالصبي والعبد المحجور عليه بخلاف الرسول لان الرسالة في العقد لا في القبض وينتقل
كلامه الى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح قال واذا دفع الوكيل
بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة
حكمية ولهذا اذا اختلفا في الثمن يتحالفان ويرد الموكل بالعيب على الوكيل وقد سلم
المشتري للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه ولان الحقوق لما كانت اليه وقد علمه الموكل
يكون راضيا بدفعه من ماله فان هلك المبيع في يده قبل حبسه هلك من مال الموكل
ولم يسقط الثمن لان يده كيد الموكل فاذا لم يحبسه يصير الموكل قابضا بيده وله ان
يحبسه حتى يستوفي الثمن لما بينا انه بمنزلة البائع من الموكل وقال زفر
ليس له ذلك لان الموكل صار قابضا بيده فكانه سلمه اليه فيسقط حق الحبس قلنا
هذا لا يمكن التحرز عنه فلا يكون راضيا بسقوط حقه في الحبس على ان قبضه موقوف
فيقع للموكل ان لم يحبسه ولنفسه عند حبسه فان حبسه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن

عند ابي يوسف وضمان المبيع عند محمد وهو قول ابي حنيفة وضمان الغصب عند زفر لانه منع
بغير حق لنا انه بمنزلة البائع منه فكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه و
لابي يوسف انه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن وهو حكم الرهن بعينه بخلاف
المبيع لان البيع ينفسخ بهلاكه وهنا لا ينفسخ اصل العقد قلنا ينفسخ في حق الموكل
والوكيل كما اذا رده الموكل بعيب ورضي الوكيل به قال واذا وكله بشراء عشرة
ارطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع منه عشرة ارطال بدرهم
لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند ابي حنيفة وقالا يلزمه العشرون وذكر في بعض
النسخ قول محمد مع قول ابي حنيفة ومحمد لم يذكر الخلاف في الاصل لابي يوسف انه امره
بصرف الدرهم في اللحم وظن ان سعره عشرة ارطال فاذا اشترى به عشرين فقد
زاده خيرا وصار كما اذا وكله ببيع عبده بالف فباعه بالفين ولابي حنيفة
انه امره بشراء عشرة ولم يامره بشراء الزيادة فينفذ شراؤها عليه وشراء العشرة
على الموكل بخلاف ما استشهد به لان الزيادة هناك بدل ملك الموكل فيكون له
بخلاف ما اذا اشترى ما يساوي عشرين رطلا بدرهم حيث يصير مشتريا لنفسه بالاجماع
لانه امر بالسمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الآمر قال ولو وكله
بشراء شيء بعينه فليس له ان يشتريه لنفسه لانه يؤدي الى تغرير الآمر حيث اعتمد
عليه ولان فيه عزل نفسه ولا يملكه على ما قيل الا بمحضر من الموكل فلو كان الثمن
مسمى فاشترى بخلاف جنسه او لم يكن الثمن مسمى فاشترى بغير النقود او وكل وكيلا
بشرائه فاشترى الثاني وهو غائب يثبت الملك للوكيل الاول في هذه الوجوه لانه
خالف امر الآمر فينفذ عليه ولو اشترى الثاني بحضرة الوكيل الاول نفذ على الموكل
الاول لانه حضره رايه فلم يكن مخالفا وان وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى
عبدا فهو للوكيل الا ان يقول نويت الشراء للموكل او يشتريه بمال الموكل قال
هذه المسألة على وجوه ان اضاف العقد الى دراهم الآمر كان للآمر وهو المراد عندي
بقوله او يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله لان فيه تفصيلا وخلافا
وهذا بالاجماع وهو مطلق وان اضافه الى دراهم نفسه كان لنفسه حملا لحاله على ما
يحل له شرعا او يفعله عادة اذ الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر
شرعا وعرفا وان اضافه الى دراهم مطلقة فان نواها للآمر فهو للآمر وان
نواها لنفسه فلنفسه لان له ان يعمل لنفسه ويعمل للآمر في هذا التوكيل وان تكاذبا

في النية يحكم النقد بالاجماع لانه دلالة ظاهرة على ما ذكرنا وان تواقفا على انه لم تحضره
النية قال محمد رحمه الله يكون للعاقد لان الاصل ان كل احد يعمل لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره
ولم يثبت وعند ابي يوسف يحكم النقد لان ما اوقعه مطلقا يحتمل الوجهين فيبقى
موقوفا فمن اي المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه ولان مع تصادقهما
يحتمل النية للآمر وفيما قلناه حمل حاله على الصلاح كما في حالة التكاذب
والتوكيل بالاسلام في الطعام على هذه الوجوه قال ومن امر رجلا بشراء عبد
بالف فقال قد فعلت ومات عندي وقال الآمر اشتريته لنفسك فالقول
قول الآمر فان كان دفع اليه الالف فالقول قول المامور لان في الوجه الاول
اخبر عما لا يملك استينافه وهو الرجوع بالثمن على الآمر وهو ينكر والقول
قول المنكر وفي الوجه الثاني هو امين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله
ولو كان العبد حيا حين اختلفا ان كان الثمن منقودا فالقول للمامور لانه امين
وان لم يكن منقودا فكذلك عند ابي يوسف ومحمد لانه يملك استينافه فالشراء
فلا يتهم في الاخبار عنه وعند ابي حنيفة القول للآمر لانه موضع تهمة بان اشتراه
لنفسه فاذا رأى الصفقة خاسرة الزمها الآمر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا
لانه امين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك ولا ثمن في يده ههنا وان كان امره بشراء
عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي فالقول للمامور سواء كان الثمن منقودا او
غير منقود وهذا بالاجماع لانه اخبر عما يملك استينافه ولا تهمة فيه لان الوكيل بشراء
شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته على ما مر بخلاف غير المعين
على ما ذكرناه لابي حنيفة ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان فباعه ثم انكر
ان يكون فلان امره ثم قال فلان انا امرته لان قوله السابق اقرار منه بالوكالة عنه
فلا ينفعه الانكار اللاحق فان قال فلان لم آمره لم يكن له لان الاقرار يرتد
برده الا ان يسلمه المشتري له فيكون بيعا وعليه العهدة لانه صار مشتريا
بالتعاطي كمن اشترى لغيره بغير امره حتى لزمه ثم سلمه المشتري له ودلت المسئلة
على ان التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وان لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق في النفيس
والخسيس لاستتمام التراضي وهو المعتبر في الباب قال ومن امر رجلا بان يشتري
له عبدين باعيانهما ولم يسم له ثمنا فاشترى له احدهما جاز لان التوكيل مطلق وقد
لا يتفق الجمع بينهما في البيع الا فيما لا يتغابن الناس فيه لانه توكيل بالشراء وهذا

وان كان العبد هالكا والثمن منقودا فالقول للمامور وان كان غير منقود فللآمر كما مر في غير المعين

كله

كله بالاجماع ولو امره ان يشتريهما بالف وقيمتهما سواء فعند ابي حنيفة ان اشترى
احدهما بخمسمائة او اقل جاز وان اشترى باكثر لم يلزم الآمر لانه قابل الالف بهما
وقيمتهما سواء فيقسم بينهما نصفين دلالة فكان آمرا بشراء كل واحد بخمسمائة ثم
الشراء بها موافقة وباقل منها مخالفة الى خير والزيادة الى شر قلت الزيادة او
كثرت فلا يجوز الا ان يشتري الباقي ببقية الالف قبل ان يختصما استحسانا لان
شراء الاول قائم وقد حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين وما ثبت الانقسام
الا دلالة والصريح يفوقها وقال ابو يوسف ومحمد ان اشترى احدهما باكثر من نصف
الالف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الالف ما يشتري بمثله الباقي جاز لان
التوكيل مطلق لكنه يتقيد بالمتعارف وهو فيما قلنا ولكن لا بد ان يبقى من الالف
باقية يشتري بمثلها الباقي ليمكنه تحصيل غرض الآمر قال ومن له على آخر الف فامره
ان يشتري بها هذا العبد فاشتراه جاز لان في تعيين المبيع تعيين البائع ولو عين
البائع يجوز على ما نذكره ان شاء الله تعالى وان امره ان يشتري بها عبدا بغير عينه فاشتراه
فمات في يده قبل ان يقبضه الآمر مات من مال المشتري وان قبضه الآمر فهو له
وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد هو لازم للآمر اذا قبضه المامور وعلى
هذا اذا امره ان يسلم ما عليه او يصرف ما عليه لهما ان الدراهم والدنانير لا يتعينان
في المعاوضات دينا كانت او عينا الا ترى انه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا
دين لا يبطل العقد فصار الاطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم
الآمر لان يد الوكيل كيده ولابي حنيفة انها تتعين في الوكالات الا ترى انه لو قيد
الوكالة بالعين منها او بالدين منها ثم استهلك العين او اسقط الدين بطلت الوكالة
واذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير ان يوكله بقبضه
وذلك لا يجوز كما اذا اشترى بدين على غير المشتري او يكون امرا بصرف ما لا يملكه
الا بالقبض قبله وذلك باطل كما اذا قال اعط مالي عليك من شئت بخلاف ما
اذا عين البائع لانه يصير وكيلا عنه في القبض ثم يتملكه وبخلاف ما اذا امره بالتصدق
لانه جعل المال لله تعالى وهو معلوم واذا لم يصح التوكيل نفذ الشراء على المامور فيهلك
من ماله الا اذا قبضه الآمر منه لانعقاد البيع تعاطيا قال ومن دفع الى آخر الفا
وامره ان يشتري بها جارية فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة وقال المامور
اشتريتها بالف فالقول قول المامور ومراده اذا كانت تساوي الفا لانه

امين منه وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والآمر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو
ينكر فان كانت تساوي خمسمائة فالقول للآمر لانه خالف حيث اشترى جارية
تساوي خمسمائة والامر تناول ما يساوي الفا فيضمن قال وان لم يكن دفع اليه
الالف فالقول قول الآمر اما اذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة وان كانت
قيمتها الفا فمعناه انهما يتحالفان لان الموكل والوكيل في هذا ينزلان منزلة البائع
والمشتري وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ العقد الذي جرى
بينهما فتلزم الجارية المأمور قال ولو امره ان يشتري له هذا العبد ولم يسم له
ثمنا فاشتراه فقال الآمر اشتريته بخمسمائة وقال المأمور اشتريته بالف وصدق
البائع المأمور فالقول قول المأمور مع يمينه قيل لا تحالف ههنا لانه ارتفع الخلاف
بتصديق البائع اذ هو حاضر وفي المسئلة الاولى هو غائب فاعتبر الاختلاف وقيل
يتحالفان كما ذكرنا وقد ذكر محمد معظم يمين التحالف وهو يمين البائع والبائع
بعد استيفاء الثمن اجنبي عنهما وقبله اجنبي عن الموكل اذ لم يجر بينهما بيع فلا يصدق عليه
فبقي الخلاف وهذا قول الامام ابي منصور وهو اظهر فصل في التوكيل
بشراء نفس العبد قال واذا قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من مولاي بالف و
دفعها اليه فان قال الرجل للمولى اشتريته لنفسه فباعه على هذا الوجه فهو حر والولاء
للمولى لان بيع نفس العبد منه اعتاق وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل والمأمور
سفير عنه اذ لا يرجع عليه الحقوق فصار كانه اشترى بنفسه واذا كان اعتاقا
اعقب الولاء وان لم يعين للمولى فهو عبد للمشتري لان اللفظ حقيقة للمعاوضة وامكن
العمل بها اذا لم يعين فيحافظ عليها بخلاف شراء العبد نفسه لان المجاز فيه متعين
واذا كان معاوضة يثبت الملك له والالف للمولى لانه كسب عبده وعلى المشتري
الف مثله ثمنا للعبد فانه في ذمته حيث لم يصح الاداء بخلاف الوكيل بشراء العبد
من غيره حيث لا يشترط بيانه لان العقدين هناك على نمط واحد وفي الحالين المطالبة
تتوجه نحو العاقد اما ههنا فاحدهما اعتاق معقب للولاء ولا مطالبة على الوكيل
والمولى عساه لا يرضاه ويرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان قال ومن قال
لعبد اشتر لي نفسك من مولاك فقال لمولاه بعني نفسي لفلان بكذا ففعل فهو
للآمر لان العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لانه اجنبي عن ماليته والبيع يرد
عليه من حيث انه مال الا ان ماليته في يده حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع لاستيفاء

الثمن

الثمن فاذا اضافه الى الآمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للآمر وان عقد
لنفسه فهو حر لانه اعتاق وقد رضي به المولى دون المعاوضة والعبد وان كان
وكيلا بشراء شيء معين ولكنه اتى بجنس تصرف آخر وفي مثله ينفذ على الوكيل و
كذا لو قال بعني نفسي ولم يقل لفلان فهو حر لان المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع
امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه فصل في التوكيل بالبيع قال
والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز ان يعقد مع ابيه وجده ومن لا تقبل شهادته
له عند ابي حنيفة وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده او مكاتبه لان التوكيل
مطلق ولا تهمة اذ الاملاك متباينة والمنافع منقطعة بخلاف العبد لانه بيع من نفسه
لان ما في يد العبد للمولى وكذا للمولى حق في كسب المكاتب وينقلب حقيقة بالعجز وله
ان مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة
ولان المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه والاجارة والصرف على هذا
الخلاف قال والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند ابي حنيفة
وقالا لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه ولا يجوز الا بالدراهم والدنانير
لان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف لان التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها
والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم والجمد
والاضحية بزمان الحاجة ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه و
كذا المقايضة بيع من وجه شراء من وجه فلا يتناوله مطلق اسم البيع وله ان
التوكيل بالبيع مطلق فيجري على اطلاقه في غير موضع التهمة والبيع بالغبن الفاحش او
بالعين متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن والتبرم من العين والمسائل ممنوعة
على قول ابي حنيفة على ما هو المروي عنه وانه بيع من كل وجه حتى ان من حلف لا
يبيع يحنث به غير ان الاب والوصي لا يملكانه مع انه بيع لان ولايتهما نظرية
ولا نظر فيه والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه لوجود حد كل واحد
منهما قال والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها
ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله لان التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه
فاذا لم يوافقه الحقه بغيره على ما مر حتى لو كان وكيلا بشراء شيء بعينه قالوا ينفذ
على الآمر لانه لا يملك شراءه لنفسه وكذا الوكيل بالنكاح اذا زوجه امراة باكثر
من مهر مثلها جاز عنده لانه لا بد من الاضافة الى الموكل في العقد فلا يتمكن هذه التهمة

ولا كذلك الوكيل بالشراء لانه يطلق العقد قال والذي لا يتغابن الناس فيه ما لا يدخل
تحت تقويم المقومين وقيل في العروض ده نيم وفي الحيوانات ده يازده وفي العقار
ده دوازده لان التصرف يكثر وجوده في الاول ويقل في الاخير ويتوسط في الاوسط
وكثرة الغبن لقلة التصرف قال واذا وكله ببيع عبد فباع نصفه جاز عند ابي حنيفة
لان اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع الا ترى انه لو باع الكل بثمن النصف
جاز عنده فاذا باع النصف به اولى وقالا لا يجوز لانه غير متعارف لما فيه من ضرر
الشركة الا ان يبيع النصف الآخر قبل ان يختصما لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى
الامتثال بان لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى ان يفرق فاذا باع الباقي قبل نقض
البيع الاول تبين انه وقع وسيلة واذا لم يبع ظهر انه لم يقع وسيلة فلا يجوز وهذا
استحسان عندهما قال وان وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف فان اشترى
باقيه لزم الموكل لان شراء البعض قد يقع وسيلة الى الامتثال بان كان موروثا بين
جماعة فيحتاج الى شرائه شقصا شقصا فاذا اشترى الباقي قبل رد الآمر البيع تبين
انه وسيلة فينفذ على الآمر وهذا بالاتفاق والفرق لابي حنيفة ان في الشراء يتحقق
التهمة على ما مر وآخر ان الامر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه اطلاقه والامر
بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والاطلاق قال
وان امر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن او لم يقبض فرده عليه المشتري بعيب
لا يحدث مثله بقضاء القاضي ببينة او باباء يمين او باقرار فانه يرده على الآمر
لان القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البائع فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج
وتأويل اشتراطها في الكتاب ان القاضي يعلم انه لا يحدث في مدة شهر لكنه اشتبه
عليه تاريخ البيع فيحتاج الى هذه الحجج لظهور التاريخ او كان عيبا لا يعرفه الا النساء
او الاطباء وقولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر اليها
في الرد حتى لو كان القاضي عاين والعيب ظاهر لا يحتاج الى شيء منها وهو رد على
الموكل فلا يحتاج الوكيل الى رد وخصومة قال وكذلك ان رده عليه بعيب يحدث
مثله ببينة او باباء يمين لان البينة حجة مطلقة والوكيل مضطر في النكول لبعد العيب
عن علمه باعتبار عدم ممارسته المبيع فلزم الآمر قال فان كان ذلك باقرار لزم
المأمور لان الاقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر اليه لامكانه السكوت والنكول الا
ان له ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينة او بنكوله بخلاف ما اذا كان الرد بغير قضاء

والعيب

يجوز نه — وآخر نه — مثلا م — البيع م

قول النساء والطبيب حجة في توجه الخصومة

والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له ان يخاصم بائعه لانه بيع جديد في حق ثالث والبائع
ثالثهما والرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي غير ان الحجة قاصرة وهي الاقرار
فمن حيث الفسخ كان له ان يخاصمه ومن حيث القصور لا يلزم الموكل الا بحجة ولو كان
العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء باقراره يلزم الموكل من غير خصومة في رواية
لان الرد متعين وفي عامة الروايات ليس له ان يخاصمه لما بيناه والحق في وصف السلامة
ثم ينتقل الى الرد ثم الى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد وقد بيناه في الكفالة باطول
من هذا قال ومن قال لآخر امرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور
امرتني ببيعه ولم تقل شيئا فالقول قول الآمر لان الامر يستفاد من جهته ولا
دلالة على الاطلاق قال وان اختلف في ذلك المضارب ورب المال فالقول
قول المضارب لان الاصل في المضاربة العموم الا ترى انه يملك التصرف بذكر
لفظ المضاربة فقامت دلالة الاطلاق بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة
في نوع والمضارب في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لانه سقط الاطلاق
بتصادقهما فنزل الى الوكالة المحضة ثم مطلق الامر بالبيع ينتظم نقدا ونسيئة الى
اي اجل كان عند ابي حنيفة وعندهما يتقيد باجل متعارف والوجه قد تقدم
قال ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه واخذ بالثمن رهنا فضاع في يده او اخذ به
كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه لان الوكيل اصيل في الحقوق وقبض الثمن
منها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما بخلاف
الوكيل بقبض الدين لانه يفعل نيابة وقد انابه في قبض الدين دون الكفالة واخذ
الرهن والوكيل بالبيع يقبض اصالة ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه والله اعلم

فصل

قال واذا وكل وكيلين فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا
به دون الآخر وهذا في تصرف يحتاج فيه الى الرأي كالبيع والخلع وغير ذلك لان
الموكل رضي برأيهما لا برأي احدهما والبدل وان كان مقدرا ولكن التقدير
لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري قال الا ان يوكلهما بالخصومة
لان الاجتماع فيها متعذر للافضاء الى الشغب في مجلس القضاء والرأي يحتاج اليه
سابقا لتقويم الخصومة قال او بطلاق زوجته بغير عوض او بعتق عبده بغير عوض
او برد وديعة عنده او قضاء دين عليه لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها
الى الرأي بل هو تعبير محض وعبارة المثنى والواحد سواء وهذا بخلاف ما اذا قال

عيبا نه — ذكرنا م — به

لما طلقها ان شئتما او قال امرها بايديكما لانه تفويض الى رأيهما الا ترى انه تمليك مقتصر
على المجلس ولانه علق الطلاق بفعلهما فاعتبره بدخولهما. قال وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل
به لانه فوض اليه التصرف دون التوكيل به وهذا لانه رضي برأيه والناس متفاوتون
في الآراء. قال الا ان ياذن له الموكل لوجود الرضا او يقول له اعمل برأيك لاطلاق
التفويض الى رأيه واذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الاول
عزله ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الاول وقد مر نظيره في ادب القاضي. قال فان وكل
بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لان المقصود حضور رأي الاول وقد حضر
وتكلموا في حقوقه وان عقد في حال غيبته لم يجز لانه فات رأيه الا ان يبلغه فيجيزه
وكذا لو باع غير الوكيل فبلغه فاجازه لانه حضر رأيه ولو قدر الاول الثمن للثاني
فعقد بغيبته يجوز لان الرأي يحتاج فيه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل وهذا بخلاف
ما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن لانه لما فوض اليهما مع تقدير الثمن ظهر ان غرضه
اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار المشتري على ما بيناه. اما اذا لم يقدر الثمن وفوض
الى الاول كان غرضه رأيه في معظم الامر وهو التقدير في الثمن. قال واذا
زوج المكاتب والعبد والذمي ابنته وهي صغيرة حرة مسلمة او باع او اشترى لها لم
يجز معناه التصرف في مالها لان الرق والكفر يقطعان الولاية الا ترى ان المرقوق
لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم حتى
لا تقبل شهادته عليه ولان هذه ولاية نظرية وذلك باتفاق الملة وهي مترددة
ثم تستقر جهة الانقطاع اذا قتل على الردة فيبطل وبالاسلام يجعل كانه لم يزل
كان مسلما فيصح

باب الوكالة بالخصومة والقبض

قال الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض
خلافا لزفر هو يقول رضي بخصومته والقبض غير الخصومة ولم يرض به. ولنا ان من ملك
شيئا ملك اتمامه وتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض والفتوى اليوم على قول زفر
لظهور الخيانة في الوكلاء وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال ونظيره
الوكيل بالتقاضي يملك القبض على اصل الرواية لانه في معناه وضعا الا ان العرف
بخلافه وهو قاض على الوضع والفتوى على ان لا يملك. قال فان كانا وكيلين بالخصومة
لا يقبضان الا معا لانه رضي بامانتهما لا بامانة احدهما واجتماعهما ممكن بخلاف
الخصومة على ما مر. قال والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة عند ابي حنيفة
حتى لو اقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل او ابرائه تقبل عنده وقالا لا يكون خصما

فلا بد من التفويض الى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا تفوض اليهما قال ابو يوسف ومحمد والمرتد اذا قتل على ردته والحربي كذلك لان الحربي ابعد من الذمي فاولى ان لا تثبت له الولاية فاما المرتد فتصرفه في ماله ان كان نافذا عندهما لكنه موقوف على ولده وماله وولده بالاجماع لانها ولاية نظرية صح

وهو

وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة لان القبض غير الخصومة وليس كل من يؤتمن على المال
يهتدي في الخصومات فلم يكن الرضا بالقبض رضا بها ولابي حنيفة انه وكله بالتملك
لان الديون تقضى بامثالها اذ قبض الدين نفسه لا يتصور الا انه جعل استيفاء
لعين حقه من وجه فاشبه الوكيل باخذ الشفعة والرجوع في الهبة والوكيل بالشراء
والقسمة والرد بالعيب وهذه اشبه باخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل القبض كما
يكون خصما قبل الاخذ هنالك والوكيل بالشراء لا يكون خصما قبل مباشرة الشراء
وهذا لان المبادلة تقتضي حقوقا وهو اصيل فيها فيكون خصما فيها. قال والوكيل
بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة بالاجماع لانه امين محض والقبض ليس بمبادلة
فاشبه الرسول حتى ان من وكل وكيلا بقبض عبد له فاقام الذي هو في يده البينة
ان الموكل باعه اياه وقف الامر حتى يحضر الغائب وهذا استحسان والقياس ان يدفع
الى الوكيل لان البينة قامت لا على خصم فلم تعتبر. وجه الاستحسان انه خصم في قصر يده لقيامه
مقام الموكل في القبض فتقصر يده حتى لو حضر الغائب تعاد البينة على البيع فصار
كما اذا اقام البينة على ان الموكل عزله عن ذلك فانها تقبل في قصر يده كذا هذا. قال
وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك ومعناه اذا اقامت المرأة البينة على الطلاق
والعبد والامة على العتاق على الوكيل بنقلهم تقبل في قصر يده حتى يحضر الغائب استحسانا
دون العتق والطلاق. قال واذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي جاز
اقراره عليه ولا يجوز عند غير القاضي عند ابي حنيفة ومحمد استحسانا الا انه يخرج
من الوكالة وقال ابو يوسف يجوز اقراره عليه وان اقر في غير مجلس القاضي وقال زفر
والشافعي لا يجوز في الوجهين وهو قول ابي يوسف اولا وهو القياس لانه مأمور بالخصومة
وهي منازعة والاقرار يضاده لانه مسالمة والامر بالشيء لا يتناول ضده ولهذا
لا يملك الصلح والابراء ويصح اذا استثنى الاقرار وكذا لو وكله بالجواب
مطلقا تتقيد بجواب هو خصومة ولهذا يختار فيها الاهدى فالاهدى. وجه الاستحسان
ان التوكيل صحيح قطعا وصحته بتناوله ما يملكه قطعا وذلك مطلق الجواب دون احدهما
عينا وطريق المجاز موجود على ما نبينه ان شاء الله تعالى فيصرف اليه تحريا للصحة قطعا ولو
استثنى الاقرار فعن ابي يوسف انه لا يصح لانه لا يملكه وعن محمد انه يصح لان للتنصيص
زيادة دلالة على ملكه اياه وعند الاطلاق يحمل على الاولى وعنه انه فصل بين
الطالب والمطلوب ولم يصححه في الثاني لكونه مجبورا عليه ويخير الطالب فيه فبعد ذلك

يقول ابو يوسف ان الوكيل قائم مقام الموكل واقراره لا يختص بمجلس القضاء فكذا اقرار
نائبه ولهما ان التوكيل تناول جوابا يسمى خصومة حقيقة او مجازا والاقرار في
مجلس القضاء خصومة مجازا اما لانه خرج في مقابلة الخصومة او لانه سبب له لان الظاهر
اتيانه بالمستحق وهو الجواب في مجلس القضاء فيختص به لكن اذا اقيمت البينة على اقراره
في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة حتى لا يؤمر بدفع المال اليه لانه صار مناقضا
وصار كالاب والوصي اذا اقر في مجلس القضاء لا يصح ولا يدفع المال اليهما قال
ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلا في ذلك ابدا
لان الوكيل من يعمل لغيره ولو صححناها صار عاملا لنفسه في ابراء ذمته فانعدم الركن
ولان قبول قوله ملازم للوكالة لكونه امينا ولو صححناها لا تقبل لكونه مبرئا
نفسه فينعدم بانعدام لازمه وهو نظير عبد مأذون مديون اعتقه مولاه حتى ضمن قيمته
للغرماء ويطالب العبد بجميع الدين فلو وكله الطالب بقبض المال عن العبد كان
باطلا لما بيناه قال ومن ادعى انه وكيل الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم امر
بتسليم الدين اليه لانه اقرار على نفسه لان ما يقضيه خالص ماله فان حضر الغائب فصدقه
والا دفع اليه الغريم الدين ثانيا لانه لم يثبت الاستيفاء حيث انكر الوكالة والقول في ذلك
قوله مع يمينه فيفسد الاداء ويرجع به على الوكيل ان كان باقيا في يده لان غرضه من الدفع
براءة ذمته ولم يحصل فله ان ينقض قبضه وان كان ضاع في يده لم يرجع عليه
لانه بتصديقه اعترف انه محق في القبض وهو مظلوم في هذا الاخذ والمظلوم
لا يظلم غيره قال الا ان يكون ضمنه عند الدفع لان المأخوذ ثانيا مضمون عليه في زعمهما
وهذه كفالة اضيفت الى حالة القبض فتصح بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان ولو كان
الغريم لم يصدقه على الوكالة ودفعه اليه على ادعائه فان رجع صاحب المال على الغريم
رجع الغريم على الوكيل لانه لم يصدقه في الوكالة وانما دفع اليه على رجاء الاجازة
فاذا انقطع رجاؤه رجع عليه وكذا اذا دفعه اليه على تكذيبه اياه في الوكالة
وهذا اظهر لما قلنا وفي الوجوه كلها ليس له ان يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب
لان المؤدى صار حقا للغائب اما ظاهرا او محتملا فصار كما اذا دفعه الى فضولي
على رجاء الاجازة لم يملك الاسترداد لاحتمال الاجازة ولان من باشر التصرف
لغرض ليس له ان ينقضه ما لم يقع الياس عن غرضه ومن قال اني وكيل بقبض الوديعة
فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم اليه لانه اقر له بمال الغير بخلاف الدين على ما مر فلو

ادعى انه مات ابوه وترك الوديعة ميراثا له لا وارث له غيره وصدقه المودع امر
بالدفع اليه لانه لا يبقى ماله بعد موته فقد اتفقا على انه مال الوارث ولو ادعى انه اشترى
الوديعة من صاحبها وصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لانه ما دام حيا كان اقرارا
بملك الغير لانه من اهله فلا يصدقان في دعوى البيع عليه قال فان وكل وكيلا
بقبض المال فادعى الغريم ان صاحب المال قد استوفاه فانه يدفع اليه المال لان الوكالة
قد ثبتت والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق قال ويتبع رب المال
فيستحلفه رعاية لجانبه ولا يستحلف الوكيل لانه نائب قال وان وكله بعيب في جارية
فادعى البائع رضا المشتري لم ترد عليه حتى يحلف المشتري بخلاف مسئلة الدين لان
التدارك ممكن هنالك باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطأ عند نكوله وههنا
غير ممكن لان القضاء بالفسخ ماض على الصحة وان ظهر الخطأ عند ابي حنيفة كما هو مذهبه
ولا يستحلف المشتري عنده بعد ذلك لانه لا يفيد واما عندهما قالوا يجب ان يتحد
الجواب على هذا في الفصلين ولا يؤخر لان التدارك ممكن عندهما لبطلان القضاء
وقيل الاصح عند ابي يوسف ان يؤخر في الفصلين لانه يعتبر النظر حتى يستحلف المشتري
لو كان حاضرا من غير دعوى البائع فينتظر للنظر قال ومن دفع الى رجل عشرة
دراهم ينفقها على اهله فانفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة لان الوكيل
بالانفاق وكيل بالشراء والحكم فيه ما ذكرناه وقد قررناه فهذا كذلك وقيل
هذا استحسان وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا وقيل القياس والاستحسان في قضاء
الدين لانه ليس بشراء فاما الانفاق فيتضمن الشراء فلا يدخلانه والله تعالى اعلم

باب عزل الوكيل

قال وللموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة لان الوكالة
حقه فله ان يبطله الا اذا تعلق به حق الغير بان كان وكيلا بالخصومة بطلب من جهة
الطالب لما فيه من ابطال حق الغير وصار كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن قال
فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم لان في العزل اضرارا به
من حيث ابطال ولايته او من حيث رجوع الحقوق اليه فينقد من مال الموكل
ويسلم المبيع فيضمنه فيتضرر به ويستوي الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الاول وقد
ذكرنا اشتراط العدد او العدالة في المخبر فلا نعيده قال وتبطل الوكالة بموت
الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا لان التوكيل تصرف غير
لازم فيكون لدوامه حكم ابتدائه فلا بد من قيام الامر وقد بطل بهذه العوارض

شرط

ويشترط ان يكون الجنون مطبقا لان قليله بمنزلة الاغماء وحد المطبق شهر
عند ابي يوسف اعتبارا بما يسقط به الصوم وعنه اكثر من يوم وليلة لانه يسقط
به الصلوات الخمس فصار كالميت وقال محمد حول كامل لانه يسقط به جميع العبادات
فقدر به احتياطا قالوا الحكم المذكور في اللحاق قول ابي حنيفة لان تصرفات
المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته فان اسلم نفذ وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت
الوكالة فاما عندهما تصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته الا ان يموت او يقتل
على ردته او يحكم بلحاقه وقد مر في السير وان كان الموكل امراة فارتدت فالوكيل
على وكالته حتى تموت او تلحق بدار الحرب لان ردتها لا تؤثر في عقودها على ما عرف
قال واذا وكل المكاتب ثم عجز او المأذون له ثم حجر عليه او الشريكان فافترقا
فهذه الوجوه تبطل الوكالة على الوكيل علم او لم يعلم لما ذكرنا ان بقاء الوكالة
يعتمد قيام الامر وقد بطل بالحجر والعجز والافتراق ولا فرق بين العلم وعدمه لان
هذا عزل حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل قال واذا مات
الوكيل او جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة لانه لا يصح امره بعد جنونه وموته وان
لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف الا ان يعود مسلما قال رضي الله عنه وهذا عند محمد فاما
عند ابي يوسف فلا تعود الوكالة لمحمد ان الوكالة اطلاق لانه رفع المانع اما الوكيل
فيتصرف بمعان قائمة به وانما عجز بعارض اللحاق لتباين الدارين فاذا زال
العجز والاطلاق باق عاد وكيلا ولابي يوسف انه اثبات ولاية التنفيذ لان
ولاية اصل التصرف باهليته وولاية التنفيذ بالملك وباللحاق لحق بالاموات
وبطلت الولاية فلا تعود كملكه في ام الولد والمدبر ولو عاد الموكل مسلما وقد
لحق بدار الحرب مرتدا لا تعود الوكالة في الظاهر وعن محمد انه تعود كما قال في الوكيل
والفرق له على الظاهر ان مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال وفي حق
الوكيل على معنى قائم به ولم يزل باللحاق قال ومن وكل آخر بشيء ثم تصرف بنفسه
فيما وكل به بطلت الوكالة وهذا اللفظ ينتظم وجوها مثل ان يوكله باعتاق عبده
او بكتابته فاعتقه او كاتبه الموكل بنفسه او يوكله بتزويج امراة او بشراء شيء
ففعله بنفسه او يوكله بطلاق فطلقها الزوج ثلاثا او واحدة وانقضت عدتها
او بالخلع فخالعها بنفسه لانه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت
الوكالة حتى لو تزوجها بنفسه وابانها لم يكن للوكيل ان يزوجها منه لان الحاجة

لا تعود

بتصرف

قل

قد انقضت بخلاف ما اذا تزوجها الوكيل وابانها له ان يزوجها الموكل لبقاء الحاجة
وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه فلو رد عليه بعيب بقضاء فعن ابي يوسف
انه ليس للوكيل ان يبيعه لان بيعه بنفسه منع له من التصرف فصار كالعزل وقال محمد
له ان يبيعه مرة اخرى لان الوكالة باقية لانه اطلاق والعجز قد زال بخلاف ما اذا
وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل ان يهب لانه مختار في الرجوع فكان
دليل عدم الحاجة اما الرد بقضاء فبغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة فاذا
عاد اليه قديم ملكه كان له ان يبيعه

كتاب الدعوى

قال المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة ومعرفة
الفرق بينهما من اهم ما تبتنى عليه مسائل الدعوى وقد اختلفت عبارات المشايخ
فيه فمنها ما قال في الكتاب وهو حد عام صحيح وقيل المدعي من لا يستحق الا بحجة
كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذي اليد وقيل المدعي
من يتمسك بغير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر وقال محمد في الاصل المدعى عليه
هو المنكر وهذا صحيح لكن الشان في معرفته والترجيح بالفقه عند الحذاق من اصحابنا
لان الاعتبار للمعاني دون الصور فان المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول
قوله مع اليمين وان كان مدعيا للرد صورة لانه ينكر الضمان قال ولا تقبل الدعوى
حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره لان فائدة الدعوى الالزام بواسطة
اقامة الحجة والالزام في المجهول لا يتحقق فان كان عينا في يد المدعى عليه كلف
احضارها ليشير اليها بالدعوى وكذا في الشهادة والاستحلاف لان الاعلام
باقصى ما يمكن شرط وذلك بالاشارة في المنقول لان النقل ممكن والاشارة
ابلغ في التعريف ويتعلق بالدعوى وجوب الحضور وعلى هذا القضاة من آخرهم
في كل عصر ووجوب الجواب اذا حضر ليفيد حضوره ولزوم احضار العين المدعاة
لما قلنا واليمين اذا انكره وسنذكره ان شاء الله تعالى فان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها
ليصير المدعى معلوما لان العين لا تعرف بالوصف والقيمة تعرف به وقد تعذر
مشاهدة العين وقال الفقيه ابو الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة
فان ادعى عقارا حدده وذكر انه في يد المدعى عليه وانه يطالبه به لانه
تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل فيصار الى التحديد فان العقار يعرف به
ويذكر الحدود الاربعة ويذكر اسماء اصحاب الحدود وانسابهم ولا بد من

فان

الذكورة و م

ذكر الحد لأن تمام التعريف به عند أبي حنيفة على ما عرف هو الصحيح ولو كان الرجل مشهورا
يكتفى بذكره لحصول المقصود فإن ذكر الشهرة مع الحدود يكتفى بها عندنا خلافا لزفر
لوجود الأكثر بخلاف ما إذا غلط في الرابعة لأنه يختلف به المدعى ولا كذلك بتركها
وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة وقوله في الكتاب وذكر أنه في يد
المدعى عليه لأنه إنما ينتصب خصما إذا كان في يده وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعي
وتصديق المدعى عليه أنه في يده بل لا تثبت اليد فيه إلا بالبينة أو علم القاضي هو الصحيح
نفيا لتهمة المواضعة إذ العقار عساه في يد غيرهما بخلاف المنقول لأن اليد فيه مشاهدة
وقوله وأنه يطالبه به لأن المطالبة حقه فلا بد من طلبه ولأنه يحتمل أن يكون مرهونا
في يده أو محبوسا بالثمن في يده وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال وعن هذا قالوا في المنقول
يجب أن يقول في يده بغير حق قال وإن كان حقا في الذمة ذكر أنه يطالبه به لما قلنا
وهذا لأن صاحب الذمة قد حضر فلم يبق إلا المطالبة لكن لا بد من تعريفه بالوصف
لأنه يعرف به. وإذا صحت الدعوى سأل المدعى عليه عنها لينكشف وجه الحكم فإن اعترف
قضى عليه بها لأن الإقرار موجب بنفسه فيأمره بالخروج عنه وإن أنكر سأل المدعي
البينة لقوله عليه السلام ألك بينة فقال لا فقال لك يمينه سأل ورتب اليمين على فقد
البينة فلا بد من السؤال ليمكنه الاستحلاف فإن أحضرها قضى بها لانتفاء التهمة عنها
وإن عجز عن ذلك وطلب يمين خصمه استحلفه عليها لما روينا ولا بد من طلبه لأن اليمين
حقه ألا ترى كيف أضيف إليه بحرف اللام

باب اليمين

وإذا قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف عند أبي حنيفة معناه حاضرة في المصر
وقال أبو يوسف يستحلف لأن اليمين حقه بالحديث المعروف فإذا طالبه به يجيبه ولأبي حنيفة
أن ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن إقامة البينة لما روينا فلا يكون حقه دونه
كما إذا كانت البينة حاضرة في المجلس ومحمد مع أبي يوسف فيما ذكره الخصاف ومع أبي حنيفة
فيما ذكره الطحاوي ولا ترد اليمين على المدعي لقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر
قسم والقسمة تنافي الشركة وجعل جنس الأيمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء وفيه
خلاف الشافعي ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق وبينة الخارج أولى وقال الشافعي
يقضى ببينة ذي اليد لاعتضادها باليد فيتقوى الظهور وصار كالنتاج والنكاح ودعوى
الملك مع الإعتاق والاستيلاد والتدبير ولنا أن بينة الخارج أكثر إثباتا وإظهارا لأن
قدر ما أثبته اليد لا تثبته بينة ذي اليد إذ اليد دليل مطلق الملك بخلاف النتاج لأن اليد

لا تدل

لا تدل عليه وكذلك على الإعتاق وأختيه وعلى الولاء الثابت بها قال وإذا نكل المدعى عليه
عن اليمين قضى عليه بالنكول وألزمه ما ادعي عليه وقال الشافعي لا يقضى به بل ترد اليمين على
المدعي فإذا حلف يقضى به لأن النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة
واشتباه الحال فلا ينتصب حجة مع الاحتمال ويمين المدعي دليل الظهور فيصار إليه
ولنا أن النكول دل على كونه باذلا أو مقرا إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب
ودفعا للضرر عن نفسه فترجح هذا الجانب ولا وجه لرد اليمين لما قدمناه وينبغي
للقاضي أن يقول له إني أعرض عليك اليمين ثلاثا فإن حلفت وإلا قضيت عليك بما ادعاه
وهذا الإنذار لإعلامه بالحكم إذ هو موضع الخفاء قال فإذا كرر العرض ثلاث مرات قضى عليه
بالنكول وهذا التكرار ذكره الخصاف لزيادة الاحتياط والمبالغة في إبلاء العذر
فأما المذهب أنه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة واحدة جاز هو الصحيح والأول أولى
ثم النكول قد يكون حقيقيا كقوله لا أحلف وقد يكون حكميا بأن يسكت وحكمه حكم الأول
إذا علم أنه لا آفة به من طرش أو خرس هو الصحيح. فإن كانت الدعوى نكاحا لم يستحلف
المنكر عند أبي حنيفة ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة والفيء في الإيلاء
والرق والاستيلاد والنسب والولاء والحدود واللعان وصورة الاستيلاد
أن تقول الجارية أنا أم ولد لمولاي وهذا ابني منه وأنكر المولى لأنه لو ادعى المولى
ثبت الاستيلاد بإقراره ولا يلتفت إلى إنكارها لهما أن النكول إقرار لأنه يدل على
كونه كاذبا في الإنكار على ما قدمناه فكان إقرارا أو بدلا عنه والإقرار يجري في
هذه الأشياء لكنه إقرار فيه شبهة والحدود تندرئ بالشبهات واللعان في معنى الحد
ولأبي حنيفة أنه بذل لأن معه لا تبقى اليمين واجبة لحصول المقصود وإنزاله
باذلا أولى كيلا يصير كاذبا في الإنكار والبذل لا يجري في هذه الأشياء وفائدة
الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف إلا أن هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه
المكاتب والعبد المأذون بمنزلة الضيافة اليسيرة وصحته في الدين بناء على زعم
المدعي وهو يقبضه حقا لنفسه والبذل معناه هاهنا ترك المنع وأمر المال هين
ويستحلف السارق فإن نكل ضمن ولم يقطع لأن المنوط بفعله شيئان الضمان ويعمل
فيه النكول والقطع ولا يثبت به فصار كما إذا شهد عليها رجل وامرأتان. وإذا
ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول استحلف الزوج فإن نكل ضمن نصف المهر في
قولهم جميعا لأن الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم لا سيما إذا كان المقصود هو

وقال أبو يوسف ومحمد يستحلف في ذلك كله إلا في الحدود واللعان م

المال وكذا في النكاح اذا ادعت هي الصداق لان ذلك دعوى المال ثم يثبت المال
بنكوله ولا يثبت النكاح وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث والحجر في اللقيط والنفقة
وامتناع الرجوع في الهبة لان المقصود هذه الحقوق وانما يستحلف في النسب المجرد
عندهما اذا كان يثبت باقراره كالاب والابن في حق الرجل والاب في حق المراة لان
في دعواها الابن تحميل النسب على الغير والزوج والمولى فيهما ومن ادعى على غيره
قصاصا فجحده استحلف بالاجماع ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وان
نكل عن اليمين في النفس حبس حتى يحلف او يقر وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد يلزمه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص
ويجب به المال خصوصا اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه كما اذا اقر بالخطأ
والولي يدعي العمد ولابي حنيفة ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فيجري فيها
البذل بخلاف الانفس فانه لو قال اقطع يدي فقطعها لا يجب الضمان وهذا اعمال
للبذل الا انه لا يباح لعدم الفائدة وهذا البذل مفيد لاندفاع الخصومة به فصار
كقطع اليد للآكلة وقلع السن للوجع واذا امتنع القصاص في النفس واليمين حق مستحق
عليه يحبس به كما في القسامة واذا قال المدعي لي بينة حاضرة قيل لخصمه اعطه كفيلا
بنفسك ثلاثة ايام كيلا يغيب نفسه فيضيع حقه والكفالة بالنفس جائزة عندنا وقد مر
من قبل واخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا لان فيه نظرا للمدعي وليس فيه كثير
ضرر بالمدعى عليه وهذا لان الحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه ويحال
بينه وبين اشغاله فصح التكفيل باحضاره والتقدير بثلاثة ايام مروي عن ابي حنيفة
هو الصحيح ولا فرق في الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير من المال والخطير ثم لا بد
من قوله لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر حتى لو قال المدعي لا بينة لي او
شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة فان فعل والا امر بملازمته كيلا يذهب حقه
الا ان يكون غريبا على الطريق فيلازمه مقدار مجلس القاضي وكذا لا يكفل الا الى
آخر المجلس لكونه مانعا كالاستثناء منصرف اليهما لان في اخذ الكفيل والملازمة
زيادة على ذلك اضرارا به بمنعه عن السفر ولا ضرر في هذا المقدار ظاهرا وكيفية
الملازمة نذكرها في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف

واليمين بالله تعالى دون غيره لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر
وقد يؤكد بذكر اوصافه وهو التغليظ وذلك مثل قوله قل والله الذي لا اله الا هو

عالم

عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك
ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه وله ان يزيد في التغليظ
على هذا وله ان ينقص منه الا انه يحتاط كيلا يتكرر عليه اليمين لان المستحق يمين واحدة
وان شاء القاضي لم يغلظ فيقول بالله او والله وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح
ويغلظ على غيره وقيل يغلظ في الخطير من المال دون الحقير ولا يستحلف بالطلاق ولا
بالعتاق لما روينا وقيل في زماننا اذا الح الخصم ساغ للقاضي ان يحلف بذلك لقلة المبالاة
باليمين بالله ويستحلف اليهودي بالله الذي انزل التوراة على موسى والنصراني بالله
الذي انزل الانجيل على عيسى لقوله عليه السلام لابن صوريا الاعور انشدك بالله الذي
انزل التوراة على موسى ان حكم الزنى في كتابكم هذا ولان اليهودي يعتقد نبوة موسى
والنصراني يعتقد نبوة عيسى على نبينا وعليهما الصلاة والسلام فيغلظ على كل واحد منهما
بذكر المنزل على نبيه ويحلف المجوسي بالله الذي خلق النار وهكذا ذكر محمد في الاصل
ويروى عن ابي حنيفة انه لا يستحلف احد الا بالله خالصا وذكر الخصاف انه لا يستحلف غير
اليهودي والنصراني الا بالله وهو اختيار بعض مشايخنا لان في ذكر النار مع اسم
الله تعالى تعظيمها وما ينبغي ان تعظم بخلاف الكتابين لان كتب الله تعالى معظمة والوثني
لا يحلف الا بالله لان الكفرة باسرهم يعتقدون الله قال الله تعالى ولئن سألتهم من
خلق السموات والارض ليقولن الله ولا يحلفون في بيوت عباداتهم لان القاضي لا يحضرها
بل هو ممنوع عن ذلك ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لان المقصود
تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفي ايجاب ذلك حرج على القاضي حيث
يكلف حضورها وانه مدفوع عليه ومن ادعى انه ابتاع من هذا عبده بالف فجحد استحلف
بالله ما بينكما بيع قائم فيه ولا يستحلف بالله ما بعت لان العين قد يباع ثم يقال فيه
ويستحلف في الغصب بالله ما يستحق عليك رده ولا يحلف بالله ما غصبت لانه قد
يغصب ثم يفسخ بالهبة والبيع وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال لانه
قد يطرأ عليه الخلع وفي دعوى الطلاق بالله ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت
ولا يستحلف بالله ما طلقها لان النكاح قد يجدد بعد الابانة فيحلف على الحاصل
في هذه الوجوه لانه لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه وهذا قول ابي حنيفة ومحمد
اما على قول ابي يوسف يحلف في جميع ذلك على السبب الا اذا عرض بما ذكرنا فحينئذ
يحلف على الحاصل وقيل ينظر الى انكار المدعى عليه ان انكر السبب يحلف عليه وان انكر

الحكم يحلف على الحاصل والحاصل هو الاصل عندهما اذا كان سببا يرتفع برافع الا اذا كان فيه
ترك النظر في جانب المدعي فحينئذ يحلف على السبب بالاجماع وذلك مثل ان تدعي مبتوتة
نفقة والزوج ممن لا يراها او ادعى شفعة بالجوار والمشتري ممن لا يراها العرق م
وان كان لانه لو حلف على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعي فاما
اذا كان سببا لا يتكرر برافع فالتحليف فيه على السبب بالاجماع كالعبد المسلم اذا ادعى
قد م العتق على مولاه بخلاف الامة والعبد الكافر لانه يتكرر الرق عليهما بالردة
واللحاق وعليه بنقض العهد واللحاق ولا يتكرر على العبد المسلم ومن ورث عبدا فادعاه بالحرب م
٥ آخر استحلف على علمه لانه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات وان وهب له
او اشتراه فاليمين على البتات لوجود المطلق لليمين اذ الشراء سبب لثبوت يحلف م
الملك وضعا وكذا الهبة ومن ادعى على آخر مالا فافتدى يمينه او صالحه منها على عشرة
فهو جائز وهو مأثور عن عثمان رضي الله عنه وليس له ان يستحلف على تلك اليمين ابدا
لانه اسقط حقه **باب التحالف** واذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى احدهما
ثمنا وادعى البائع اكثر منه او اعترف البائع بقدر من المبيع وادعى المشتري اكثر احدهما م
قضي له بها م منه فاقام احدهما البينة قبلت بينته لان في جانب الآخر مجرد الدعوى والبينة
اقوى منها وان اقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة اولى
لان البينات للاثبات ولا تعارض في الزيادة ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع
جميعا فبينة البائع في الثمن اولى وبينة المشتري في المبيع اولى نظرا الى زيادة
الاثبات وان لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشتري اما ان ترضى بالثمن الذي
ادعاه البائع والا فسخنا البيع وقيل للبائع اما ان تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع اقام
والا فسخنا البيع لان المقصود قطع المنازعة وهذا جهة فيه لانه ربما لا يرضيان
بالفسخ فاذا علما به يتراضيان فان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى
الآخر وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس لان البائع يدعي زيادة
الثمن والمشتري ينكره والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره
فكل واحد منهما منكر فيحلف فاما بعد القبض فمخالف للقياس لان المشتري لا يدعي فاما
شيئا لان المبيع سالم له بقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكره فيكتفى
بحلفه لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة
بعينها تحالفا وترادا ويبتدأ بيمين المشتري وهذا قول محمد وابي يوسف آخرا

ورواية

ورواية عن ابي حنيفة وهو الصحيح لان المشتري اشدهما انكارا لانه يطالب اولا بالثمن
ولانه يتعجل فائدة النكول وهو الزام الثمن ولو بدئ بيمين البائع تتأخر المطالبة
يقول م بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن وكان ابو يوسف اولا يقول يبدأ بيمين البائع لقوله
عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع خصه بالذكر واقل فائدته
التقديم وان كان بيع عين بعين او ثمن بثمن بدأ القاضي بيمين ايهما شاء لاستوائهما
وصفة اليمين ان يحلف البائع بالله ما باعه بالف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه
بالفين وقال في الزيادات يحلف البائع بالله ما باعه بالف ولقد باعه بالفين
ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف يضم الاثبات الى النفي
تأكيدا والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان على ذلك وضعت دل عليه حديث
القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا قال فان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما
وهذا يدل على انه لا ينفسخ بنفس التحالف لانه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى
بيع مجهول فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة او يقال اذا لم يثبت البدل يبقى بيعا بلا بدل
وهو فاسد ولا بد من الفسخ في البيع الفاسد فان نكل احدهما عن اليمين لزمه دعوى
الآخر لانه جعل باذلا فلم تبق دعواه معارضا لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته
وان اختلفا في الاجل او في شرط الخيار او في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف
بينهما لان هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به فاشبه الاختلاف في الحط
والابراء وهذا لان بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد بخلاف الاختلاف في
وصف الثمن او جنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر في جريان التحالف
وهو م لان ذلك يرجع الى نفس الثمن فان الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا كذلك الاجل
لانه ليس بوصف الا ترى ان الثمن موجود بعد مضيه والقول قول من ينكر الخيار
والاجل مع يمينه لانهما يثبتان بعارض الشرط والقول لمنكر العوارض فان هلك
المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند ابي حنيفة وابي يوسف والقول قول المشتري وقال
محمد يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك وهو قول الشافعي وعلى هذا اذا خرج
صاحبه المبيع عن ملكه او صار بحال لا يقدر على رده بالعيب لهما ان كل واحد منهما يدعي غير
العقد الذي يدعيه الآخر والآخر ينكره وانه يفيد دفع زيادة الثمن فيتحالفان
كما اذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة ولابي حنيفة وابي يوسف رح ان التحالف
بعد القبض على خلاف القياس لانه سلم للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به في حال

قيام السلعة والتحالف فيه يفضي إلى الفسخ ولا كذلك بعد هلاكها لارتفاع العقد فلم يكن
في معناه ولأنه لا يبالي بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود وإنما يراعى من
الفائدة ما يوجبه العقد وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته وهذا إذا كان
الثمن دينا فإن كان عينا يتحالفان لأن المبيع في أحد الجانبين قائم فتتوفر فائدة
الفسخ ثم يرد مثل الهالك إن كان له مثل أو قيمته إن لم يكن له مثل وإن هلك أحد العبدين
ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند أبي حنيفة إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك
وفي الجامع الصغير القول قول المشتري مع يمينه عند أبي حنيفة إلا أن يشاء البائع
أن يأخذ الحي ولا شيء له وقال أبو يوسف يتحالفان في الحي ويفسخ العقد في الحي والقول
قول المشتري في قيمة الهالك وقال محمد يتحالفان عليهما ويفسخ العقد فيهما ويرد
الحي وقيمة الهالك لأن هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض أولى
ولأبي يوسف أن امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره ولأبي حنيفة أن التحالف
على خلاف القياس في حال قيام السلعة وهي اسم لجميع أجزائها فلا تبقى السلعة بفوات
بعضها ولأنه لا يمكن التحالف في القائم إلا على اعتبار حصته من الثمن ولا بد
من القسمة على القيمة وهي تعرف بالحزر والظن فيؤدي إلى التحالف مع الجهالة
وذلك لا يجوز إلا أن يرضى أن يترك حصة الهالك أصلا لأنه حينئذ يكون كل الثمن
بمقابلة القائم ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان وهذا تخريج بعض المشايخ ويصرف
الاستثناء عندهم إلى التحالف كما ذكرنا وقالوا إن المراد من قوله في الجامع
الصغير يأخذ الحي ولا شيء له معناه أنه لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا أصلا
وقال بعض المشايخ يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما أقر به المشتري وإنما لا يأخذ
الزيادة وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء إلى يمين المشتري لا إلى التحالف
لأنه لما أخذ البائع بقول المشتري فقد صدقه فلا يحلف المشتري ثم تفسير
التحالف على قول محمد ما بيناه في القائم وإذا حلفا ولم يتفقا على شيء وطلب أحدهما
الفسخ أو كلاهما يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك
واختلفوا في تفسيره على قول أبي يوسف والصحيح أنه يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما
يدعيه البائع فإن نكل لزمه دعوى البائع وإن حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن
الذي يدعيه المشتري فإن نكل لزمه دعوى المشتري وإن حلف يفسخان العقد في
القائم ويسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك ويعتبر قيمتهما في الانقسام

البائع م

فادعى م

يوم القبض فإن اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فالقول للبائع وأيهما أقام البينة تقبل
بينته وإن أقاماها فبينة البائع أولى وهو قياس ما ذكر في بيوع الأصل
اشترى عبدين وقبضهما ثم رد أحدهما بالعيب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك
عنده ويسقط عنه ثمن ما رده وينقسم الثمن على قيمتهما فإن اختلفا في قيمة الهالك
فالقول قول البائع لأن الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط
بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره والقول للمنكر وإن أقاما البينة فبينة البائع
أولى لأنها أكثر إثباتا ظاهرا لإثباتها الزيادة في قيمة الهالك وهذا لفقهه
وهو أن في الأيمان تعتبر الحقيقة لأنها تتوجه على أحد العاقدين وهما يعرفان حقيقة
الحال فبني الأمر عليها والبائع منكر حقيقة فلهذا كان القول قوله وفي البينات
يعتبر الظاهر لأن الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال فاعتبر الظاهر في حقهما و
البائع مدع ظاهرا فلهذا تقبل بينته أيضا وتترجح بزيادة الظاهر على ما مر
وهذا يبين لك معنى ما ذكرناه من قول أبي يوسف ومن اشترى جارية وقبضها ثم
تقايلا ثم اختلفا في الثمن فإنهما يتحالفان ويعود البيع الأول ونحن ما أثبتنا
التحالف فيه بالنص لأنه ورد في البيع المطلق والإقالة فسخ في حق المتعاقدين
وإنما أثبتناه بالقياس لأن المسئلة مفروضة قبل القبض والقياس يوافقه على ما مر
ولهذا نقيس الإجارة على البيع قبل القبض والوارث على العاقد والقيمة على العين
فيما إذا استهلكه في يد البائع غير المشتري ولو قبض البائع المبيع بعد الإقالة
فلا تحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافا لمحمد لأنه يرى النص معلولا بعد القبض
أيضا ومن أسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فالقول قول
المسلم إليه ولا يعود السلم لأن الإقالة في باب السلم لا تحتمل النقض لأنه إسقاط فلا
يعود السلم بخلاف الإقالة في البيع ألا ترى أن رأس مال السلم لو كان عرضا فرده بعيب
وهلك قبل التسليم إلى رب السلم لا يعود السلم ولو كان ذلك في بيع العين يعود البيع
دل على الفرق بينهما وإذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج أنه تزوجها
بألف وقالت تزوجتني بألفين فأيهما أقام البينة قبلت بينته لأنه نور دعواه
بالحجة وإن أقاما البينة فالبينة بينة المرأة لأنها تثبت الزيادة معناه إذا كان مهر مثلها
أقل مما ادعته وإن لم يكن لهما بينة تحالفا عند أبي حنيفة ولا يفسخ النكاح
لأن أثر التحالف في انعدام التسمية وأنه لا يخل بصحة النكاح لأن المهر تابع

وان م

عنه م

بباب م

تقبل

فيه بخلاف البيع لان عدم التسمية يفسده على ما مر فيفسخ قال ولكن يحكم مهر المثل فان
كان مثل ما اعترف به الزوج او اقل قضى بما قال الزوج لان الظاهر شاهد له وان
كان مثل ما ادعته المرأة او اكثر قضى بما ادعته المرأة وان كان مهر المثل اكثر
مما اعترف به الزوج واقل مما ادعته المرأة قضى لها بمهر المثل لانهما لما تحالفا لم تثبت
الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه قال رضي الله عنه ذكر التحالف ثم التحكيم وهذا
قول الكرخي لان مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف
فلهذا يقدم في الوجوه كلها ويبدأ بيمين الزوج عند ابي حنيفة ومحمد تعجيلا لفائدة
النكول كما في المشتري وتخريج الرازي بخلافه وقد استقصيناه في النكاح وذكرنا
خلاف ابي يوسف فلا نعيده ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه
على هذه الجارية فهو كالمسئلة المتقدمة الا ان قيمة الجارية اذا كانت مهر المثل يكون
لها قيمتها دون عينها لان تملكها لا يكون الا بالتراضي ولم يوجد فوجبت القيمة
وان اختلفا في الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا معناه
اختلفا في البدل او في المبدل لان التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس
على ما مر والاجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع وكلامنا قبل الاستيفاء
المنفعة فان وقع الاختلاف في الاجرة بدئ بيمين المستأجر لانه منكر لوجوب
الاجرة وان وقع في المنفعة بدئ بيمين المؤجر وايهما نكل لزمه دعوى صاحبه
وايهما اقام البينة قبلت وان اقاماها فبينة المؤجر اولى ان كان الاختلاف
في الاجرة وان كان في المنافع فبينة المستأجر اولى وان كان فيهما قبلت بينة كل واحد
منهما فيما يدعيه من الفضل نحو ان يدعي هذا شهرا بعشرة والمستأجر شهرين بخمسة
يقضى بشهرين بعشرة وان اختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا وكان القول قول المستأجر
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما
وكذا على اصل محمد لان الهلاك انما يمنع التحالف عنده في المبيع لما ان له قيمة تقوم
مقامه فيتحالفان عليها ولو جرى التحالف ههنا وفسخ العقد فلا قيمة لان
المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين انه لا عقد واذا امتنع التحالف
فالقول للمستأجر مع اليمين لانه هو المستحق عليه وان اختلفا بعد الاستيفاء بعض المعقود عليه
تحالفا وفسخ العقد فيما بقي وكان القول في الماضي قول المستأجر لان العقد
ينعقد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كأن ابتدأ العقد عليها بخلاف

البيع لان العقد فيه دفعة واحدة فاذا تعذر في البعض تعذر في الكل قال واذا
اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند ابي حنيفة وقالا يتحالفان
وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعي لانه عقد معاوضة يقبل الفسخ فاشبه البيع
والجامع ان المولى يدعي بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق
عليه عند اداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره فيتحالفان كما اذا اختلفا في
الثمن ولابي حنيفة ان البدل مقابل بفك الحجر في حق اليد والتصرف للحال
وهو سالم للعبد وانما ينقلب مقابلا بالعتق عند الاداء فقبله لا مقابلة
فبقي اختلافا في قدر البدل لا غير فلا يتحالفان قال واذا اختلف الزوجان في متاع
البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل كالعمامة لان الظاهر شاهد له وما يصلح للنساء
فهو للمرأة كالوقاية لشهادة الظاهر لها وما يصلح لهما فهو للرجل كالآنية لان المرأة وما
في يدها في يد الزوج والقول في الدعاوى لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لانه
يعارضه ظاهر اقوى منه ولا فرق بينما اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح
او بعدما وقعت الفرقة فان مات احدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال
والنساء فهو للباقي منهما لان اليد للحي دون الميت وهذا الذي ذكرناه قول
ابي حنيفة وقال ابو يوسف يدفع الى المرأة ما يجهز به مثلها والباقي للزوج مع يمينه
في الطلاق والموت لان الظاهر ان المرأة تأتي بالجهاز وهذا اقوى فيبطل به
ظاهر الزوج ثم في الباقي لا معارض لظاهره فيعتبر والطلاق والموت سواء
لقيام الورثة مقام مورثهم وقال محمد ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء
فهو للمرأة وما يكون لهما فهو للرجل او لورثته لما قلنا لابي حنيفة والطلاق والموت
سواء لقيام الوارث مقام المورث وان كان احدهما مملوكا فالمتاع للحر في حالة
الحيوة لان يد الحر اقوى وللحي بعد الممات لانه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض
وهذا عند ابي حنيفة وقالا العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لان لهما
يدا معتبرة في الخصومات

فصل فيمن لا يكون خصما

وان قال المدعى عليه
هذا الشيء اودعنيه فلان الغائب او رهنه عندي او غصبته منه واقام بينة على ذلك
فلا خصومة بينه وبين المدعي وكذا اذا قال آجرنيه واقام البينة على ذلك
لانه اثبت ببينته ان يده ليست بيد خصومة وقال ابن شبرمة لا تندفع لانه تعذر
اثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه قلنا مقتضى البينة شيئان

ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم تثبت ودفع خصومة المدعي وهو خصم فيه فتثبت
وهو كالوكيل بنقل المراة واقامتها البينة على الطلاق كما بينا من قبل ولا تندفع
الخصومة بدون اقامة البينة كما قال ابن ابي ليلى لانه صار خصما بظاهر يده
فهو باقراره يريد ان يحول حقا مستحقا على نفسه فلا يصدق الا بحجة كما اذا ادعى
تحويل الدين من ذمته الى ذمة غيره وقال ابو يوسف ان كان الرجل صالحا فهو كما
قلنا وان كان معروفا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة لان المحتال من الناس
قد يدفع ماله الى مسافر يودعه اياه ويشهد عليه الشهود فيحتال لابطال حق غيره
فاذا اتهمه القاضي به لا يقبله ولو قال الشهود اودعه رجل لا نعرفه لا تندفع
عنه الخصومة لاحتمال ان يكون المودع هو المدعي ولانه ما احاله الى معين يمكن اتباعه
فلو اندفعت لتضرر به المدعي ولو قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه
فكذا الجواب عند محمد للوجه الثاني وعند ابي حنيفة تندفع لانه اثبت ببينته ان العين
وصل اليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه بخلاف الفصل الاول فلم تكن
يده يد خصومة وهو المقصود والمدعي هو الذي اضر بنفسه حيث نسي خصمه
او اضر شهوده وهذه المسألة مخمسة كتاب الدعوى وقد ذكرنا الاقوال الخمسة
وان قال المدعى عليه ابتعته من الغائب فهو خصم لانه لما زعم ان يده يد ملك
اعترف بكونه خصما وان قال المدعي غصبته مني او سرقته مني لا تندفع الخصومة
وان اقام ذو اليد البينة على الوديعة لانه انما صار خصما بدعوى الفعل عليه لا
بيده بخلاف دعوى الملك المطلق لانه خصم فيه باعتبار يده حتى لا يصح دعواه
على غير ذي اليد ويصح دعوى الفعل وان قال المدعي سرق مني وقال صاحب اليد
اودعنيه فلان واقام البينة لا تندفع الخصومة وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف
وهو استحسان وقال محمد تندفع لانه لم يدع الفعل عليه فصار كما اذا قال غصب
مني على ما لم يسم فاعله ولهما ان ذكر الفعل يستدعي الفاعل لا محالة والظاهر انه
هو الذي في يده الا انه لم يعينه درءا للحد عنه شفقة عليه واقامة لحسبة الستر
فصار كما اذا قال سرقت بخلاف الغصب لانه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه وان قال
المدعي ابتعته من فلان وقال صاحب اليد اودعنيه فلان ذلك سقطت الخصومة
بغير بينة لانهما توافقا على ان اصل الملك فيه لغيره فيكون وصوله الى يد ذي اليد
من جهته فلم تكن يده يد خصومة الا ان يقيم البينة ان فلانا وكله بقبضه لانه اثبت

ببينته كونه احق بامساكها

باب ما يدعيه رجلان

واذا ادعى اثنان عينا
في يد آخر كل واحد منهما يزعم انها له واقاما البينة قضي بها بينهما وقال الشافعي في قول
تهاترتا وفي قول يقرع بينهما لان احدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع
الملكين في الكل في حالة واحدة وقد تعذر التمييز فتتهاتر او يصار الى القرعة
لان النبي عليه السلام اقرع فيه وقال اللهم انت تحكم بينهما ولنا حديث تميم بن طرفة
ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ناقة واقام كل واحد منهما البينة فقضى
بها بينهما نصفين وحديث القرعة كان في الابتداء ثم نسخ ولان المطلق للشهادة
في حق كل واحد منهما محتمل الوجود بان يعتمد احدهما سبب الملك والآخر اليد فصحت الشهادتان
فيجب العمل بهما ما امكن وقد امكن بالتنصيف اذ المحل يقبله وانما ينصف لاستوائهما
في سبب الاستحقاق فان ادعى كل واحد منهما نكاح امراة واقاما بينة لم يقض بواحدة
من البينتين لتعذر العمل بهما لان المحل لا يقبل الاشتراك قال ويرجع الى
تصديق المراة لاحدهما لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين وهذا اذا
لم توقت البينتان فاما اذا وقتا فصاحب الوقت الاول اولى وان اقرت لاحدهما
قبل اقامة البينة فهي امراته لتصادقهما وان اقام الآخر البينة قضي بها لان البينة
اقوى من الاقرار ولو تفرد احدهما بالدعوى والمراة تجحد فاقام البينة وقضى
القاضي له بها ثم ادعى آخر واقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها لان القضاء الاول
قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل دونه الا ان يوقت شهود الثاني سابقا لانه ظهر
الخطأ في الاول بيقين وكذا اذا كانت في يد الزوج ونكاحه ظاهر
لا تقبل بينة الخارج الا على وجه السبق ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى
منه هذا العبد معناه من صاحب اليد واقام بينة فكل واحد منهما بالخيار ان شاء
اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك لان القاضي يقضي بينهما بالتنصيف
لاستوائهما في السبب فصار كالفضوليين اذا باع كل واحد منهما من رجل واجاز
المالك البيعين يخير كل واحد منهما لانه تغير عليه شرط عقده فلعل رغبته في تملك
الكل فيرده ويأخذ كل الثمن فان قضى القاضي به بينهما ثم قال احدهما لا اختار
لم يكن للآخر ان ياخذ جميعه لانه صار مقضيا عليه في النصف فانفسخ البيع فيه
لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه بخلاف ما اذا قال ذلك قبل تخيير
القاضي حيث يكون له ان ياخذ الجميع لانه يدعي الكل ولم ينفسخ سببه والعود الى

النصف لما ذكرنا ولم يوجد ونظيره سلم احد الشفيعين قبل القضاء ونظيره الاول
تسليمه بعد القضاء ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما لانه اثبت الشراء
في زمان لا ينازعه فيه احد فاندفع الاخر به فان وقت احدهما ولم يوقت الاخرى
فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت واحتمل الاخر ان يكون قبله او
بعده فلا يقضي له بالشك وان لم يذكرا تاريخا ومع احدهما قبض فهو اولى ومعناه
انه في يده لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه ولانهما استويا في الاثبات
فلا ينقض اليد الثابتة بالشك وكذا لو ذكر الاخر وقتا لما بينا الا ان يشهدوا
ان شراءه كان قبل شراء صاحب اليد لان الصريح يفوق الدلالة وان ادعى احدهما
شراء والاخر هبة وقبضا معناه من واحد صاحب اليد واقاما بينة ولا تاريخ معهما
فالشراء اولى لان الشراء اقوى لكونه معاوضة من الجانبين ولانه يثبت الملك بنفسه
والملك في الهبة يتوقف على القبض وكذا الشراء والصدقة مع القبض لما بينا والهبة
والقبض والصدقة مع القبض سواء حتى يقضي بينهما لاستوائهما في وجه التبرع ولا
ترجيح باللزوم لانه يرجع الى المآل والترجيح بمعنى قائم في الحال وهذا فيما لا يحتمل
القسمة صحيح وكذا فيما يحتمله عند البعض لان الشيوع طارئ وعند البعض لا يصح
لانه تنفيذ الهبة في الشائع واذا ادعى احدهما الشراء وادعت امرأة انه تزوجها عليه
فهما سواء لاستوائهما في القوة فان كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه وهذا
عند ابي يوسف وقال محمد الشراء اولى ولها على الزوج القيمة لانه امكن العمل
بالبينتين بتقديم الشراء اذ التزوج على عين مملوك للغير صحيح ويجب قيمته عند
تعذر تسليمه وان ادعى احدهما رهنا وقبضا والاخر هبة وقبضا واقاما بينة
فالرهن اولى وهذا استحسان وفي القياس الهبة اولى لانها تثبت الملك والرهن لا
تثبته ووجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد
الضمان اقوى بخلاف الهبة بشرط العوض لانه بيع انتهاء والبيع اقوى من الرهن
لانه عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى
لا صورة فكان اولى وكذا الهبة بشرط العوض واذا اقام الخارجان البينة على الملك
والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم اولى لانه اثبت انه اول المالكين فلا يتلقى الملك
الا من جهته ولم يتلق الاخر منه وان ادعيا الشراء من واحد معناه من غير صاحب اليد
واقاما البينة على تاريخين فالاول اولى لما بينا انه اثبته في وقت لا منازع

له فيه

له فيه وان اقام كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر وذكرا تاريخا فهما سواء لانهما
يثبتان الملك لبائعيهما فيصير كانهما حضرا ثم يخير كل واحد كما ذكرنا من قبل ولو وقتت
احدى البينتين وقتا ولم توقت الاخرى قضي بينهما نصفين لان توقيت احداهما لا
يدل على تقدم الملك لجواز ان يكون الاخر اقدم بخلاف ما اذا كان البائع واحدا
لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته فاذا اثبت احدهما تاريخا يحكم به
حتى يتبين انه تقدمه شراء غيره وان ادعى احدهما الشراء من رجل والاخر الهبة
والقبض من غيره والثالث الميراث من ابيه والرابع الصدقة والقبض من آخر واقاموا
البينة قضي بينهم ارباعا لانهم يتلقون الملك من باعتهم فيجعل كانهم حضروا واقاموا
البينة على الملك المطلق وان اقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد بينة
على ملك اقدم تاريخا كان اولى وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وهو رواية عن محمد
وعنه انه لا تقبل بينة ذي اليد رجع اليه لان البينتين قامتا على مطلق الملك ولم يتعرضا
لجهة الملك فكان التقدم والتأخر سواء ولهما ان البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع
فان الملك اذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون الا بالتلقي من جهته
وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة وعلى هذا الخلاف اذا كانت الدار في ايديهما والمعنى
ما بينا ولو اقام الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق ووقتت احداهما دون
الاخرى فعلى قول ابي حنيفة ومحمد الخارج اولى وقال ابو يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة
صاحب الوقت اولى لانه اقدم وصار كما في دعوى الشراء اذا ارخت احداهما
كان صاحب التاريخ اولى ولابي حنيفة ومحمد ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنها
معنى الدفع ولا دفع ههنا حيث وقع الشك في التلقي من جهته وعلى هذا اذا كانت
الدار في ايديهما ولو كانت في يد ثالث والمسئلة بحالها فهما سواء عند ابي حنيفة
وقال ابو يوسف الذي وقت اولى وقال محمد الذي اطلق اولى لانه ادعى اولية
الملك بدليل استحقاق الزوائد ورجوع الباعة بعضهم على البعض ولابي يوسف
ان التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين والاطلاق يحتمل غير الاولية و
الترجيح بالتيقن كما اذا ادعى الشراء ولابي حنيفة ان التاريخ يضامه احتمال عدم
التقدم فسقط اعتباره فصار كما اذا اقاما البينة على ملك مطلق بخلاف الشراء
لانه امر حادث فيضاف الى اقرب الاوقات فيترجح جانب صاحب التاريخ وان اقام
الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة بالنتاج فصاحب اليد اولى لان البينة

قامت على ما لا تدل عليه اليد فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له وهذا
هو الصحيح خلافا لما يقوله عيسى بن ابان انه تتهاتر البينتان ويترك في يده لا
على طريق القضاء ولو تلقى كل واحد منهما الملك من رجل واقام البينة على النتاج
عنده فهو بمنزلة اقامتها على النتاج في يد نفسه لما ذكرنا ولو اقام احدهما البينة
على الملك المطلق والآخر على النتاج فصاحب النتاج اولى ايهما كان لان بينته قامت
على اولية الملك فلا يثبت للآخر الا بالتلقي من جهته وكذا اذا كانت الدعوى
بين خارجين فبينة النتاج اولى لما ذكرنا ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم اقام
ثالث البينة على النتاج يقضى له الا ان يعيدها ذو اليد لان الثالث لم يصر مقضيا
عليه بتلك القضية وكذا المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على النتاج تقبل
بينته وينقض القضاء لانه بمنزلة النص وكذلك النسج في الثياب التي لا تنسج الا
كغزل القطن وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر لانه في معنى النتاج كحلب اللبن واتخاذ الجبن
واللبد والمرعزي وجز الصوف وان كان يتكرر قضي به للخارج بمنزلة الملك المطلق
وهو مثل الخز والغرس والبناء وزراعة الحنطة والحبوب فان اشكل يرجع الى اهل
الخبرة لانهم اعرف به فان اشكل عليهم قضي به للخارج لان القضاء ببينته هو الاصل
والعدول عنه بخبر النتاج فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل وان اقام الخارج البينة على الملك
المطلق وصاحب اليد بينة على الشراء منه كان صاحب اليد اولى لان الاول ان كان
يدعي اولية الملك فهذا تلقى منه وفي هذا لا تنافي فصار كما اذا اقر بالملك له ثم ادعى
الشراء منه وان اقام كل واحد منهما البينة على الشراء من الآخر ولا تاريخ معهما
تهاترت البينتان وتترك الدار في يد ذي اليد قال رضي الله عنه وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف
وعلى قول محمد يقضى بالبينتين ويكون للخارج لان العمل بهما ممكن فيجعل كانه اشترى ذو اليد
من الآخر وقبض ثم باع لان القبض دلالة السبق على ما مر ولا يعكس الامر لان البيع
قبل القبض لا يجوز وان كان في العقار عنده ولهما ان الاقدام على الشراء اقرار
منه بالملك للبائع فصار كما اذا قامتا على الاقرارين وفيه التهاتر بالاجماع كذا
ههنا ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك ولا يمكن القضاء لذي اليد الا بملك مستحق فبقي
القضاء له بمجرد السبب وانه لا يفيده ثم ان شهدت البينتان على نقد الثمن فالالف
بالالف قصاص عندهما اذا استويا لوجود قبض مضمون من كل جانب وان لم يشهدوا
على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد للوجوب عنده ولو شهد الفريقان بالبيع و

مرة ٥ — عنده ٥ — كانهما ٥ — لانه

في الملك ٥

المرعزي بكسر الميم والعين وبالزاي ... الزغب الذي تحت شعر العنز ...

القبض

والقبض بهما تهاترتا بالاجماع لان الجمع غير ممكن عند محمد لجواز كل واحد من البيعين بخلاف
الاول وان وقتت البينتان في العقار ولم تثبتا قبضا ووقت الخارج اسبق يقضى
لصاحب اليد عندهما فيجعل كان الخارج اشترى اولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد
وهو جائز في العقار عندهما وعند محمد يقضى للخارج لانه لا يصح بيعه قبل القبض
فبقي على ملكه وان اثبتا قبضا يقضى لصاحب اليد بالاجماع لان البيعين جائزان
على القولين وان كان وقت صاحب اليد اسبق يقضى للخارج في الوجهين فيجعل
كانه اشتراها ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم او سلم ثم وصل اليه بسبب آخر و
ان اقام احد المدعيين شاهدين والآخر اربعة فهما سواء لان شهادة كل
شاهدين علة تامة كما في حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوة
فيها على ما عرف واذا كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان احدهما جميعها والآخر
نصفها واقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة ارباعها ولصاحب النصف ربعها
عند ابي حنيفة اعتبارا بطريق المنازعة فان صاحب النصف لا ينازع الآخر
في النصف فسلم له واستوت منازعتهما في النصف الآخر فيتنصف بينهما وقالا
هي بينهما اثلاثا فاعتبرا طريق العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين
وصاحب النصف يضرب بسهم واحد فيقسم بينهما اثلاثا ولهذه المسئلة نظائر واضداد
لا يحتملها هذا المختصر وقد ذكرناها في الزيادات وان كانت في ايديهما سلم لصاحب
الجميع نصفها على وجه القضاء ونصفها لا على وجه القضاء لانه خارج في النصف
فيقضى ببينته والنصف الذي في يده لا يدعيه صاحبه لان مدعاه النصف وهو
في يده سالم له ولو لم ينصرف اليه دعواه كان ظالما بامساكه ولا قضاء بدون
الدعوى فيترك في يده واذا تنازعا في دابة واقام كل واحد منهما بينة
انها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق احد التاريخين فهو اولى
لان الحال يشهد له فيترجح وان اشكل ذلك كانت بينهما لانه سقط التوقيت
فصار كانهما لم يذكرا تاريخا وان خالف سن الدابة الوقتين بطلت البينتان
هكذا ذكره الحاكم الشهيد لانه ظهر كذب الفريقين فيترك في يد من كان
في يده واذا كان العبد في يد رجل اقام رجلان البينة على احدهما بغصب و
الآخر بوديعة فهو بينهما لاستوائهما **فصل في التنازع بالايدي** واذا تنازعا
في دابة احدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب اولى لان تصرفه اظهر

كانها ٥ — لو ٥ — كذا ٥ — بينتان ٥

فانه يختص به الحالك وكذا اذا كان احدهما راكبا في السرج والآخر رديفه فالراكب اولى
بخلاف ما اذا كانا راكبين حيث يكون بينهما لاستوائهما في التصرف وكذا
اذا تنازعا في بعير وعليه حمل لاحدهما فصاحب الحمل اولى لانه هو المتصرف وكذا
اذا تنازعا في قميص احدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس اولى لانه اظهرهما
تصرفا ولو تنازعا في بساط احدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما معناه
لا على طريق القضاء لان القعود ليس بيد عليه فاستويا واذا كان ثوب في يد رجل
وطرف منه في يد آخر فالثوب بينهما نصفان لان الزيادة من جنس الحجة فلا توجب
زيادة في الاستحقاق واذا كان الصبي في يد رجل وهو يعبر عن نفسه فقال انا
حر فالقول قوله لانه في يد نفسه وان قال انا عبد لفلان فهو عبد للذي هو
في يده لانه اقر بانه لا يد له حيث اقر بالرق وان كان لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي
هو في يده لانه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها وهو بمنزلة متاع بخلاف ما اذا
كان يعبر فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله لانه ظهر الرق عليه في حال صغره
واذا كان الحائط لرجل عليه جذوع او متصل ببنائه وللآخر عليه هرادي فهو
لصاحب الجذوع والاتصال والهرادي ليست بشيء لان صاحب الجذوع صاحب استعمال
والآخر صاحب تعلق فصار كدابة تنازعا فيها ولاحدهما عليها حمل وللآخر كوز
معلق والمراد بالاتصال مداخلة لبن جداره فيه ولبن هذا في جداره وقد
يسمى اتصال تربيع وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض بنائه على بعض هذا الحائط
وقوله الهرادي ليست بشيء يدل على انه لا اعتبار للهرادي اصلا وكذا البواري
لان الحائط لا يبنى لها اصلا حتى لو تنازعا في حائط ولاحدهما عليه هرادي وليس
للآخر شيء فهو بينهما ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلاثة فهو بينهما لاستوائهما
ولا معتبر بالاكثر منها بعد الثلاثة ولو كان جذوع احدهما اقل من ثلاثة فهو لصاحب
الثلاثة وللآخر موضع جذعه في رواية وفي رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبته
ثم قيل ما بين الخشب بينهما وقيل على قدر خشبهما والقياس ان يكون بينهما نصفان
لانه لا معتبر بالكثرة في نفس الحجة وجه الثاني ان الاستعمال من كل واحد بقدر
خشبته ووجه الاول ان الحائط يبنى لوضع كثير الجذوع دون الواحد والمثنى
فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا ان للآخر حق الوضع لان الظاهر ليس بحجة
في استحقاق يده ولو كان لاحدهما اتصال وللآخر جذوع فالاول اولى ق

كذا

فهي

الى

يديه

عليه

الى الخشب

لانه يبقى له

منهما

وجه الاول

والهرادي ليست بشيء لان لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف
اقوى من اليد وجه الاول ان الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة
القضاء له ببعضه القضاء بكله ثم يبقى للآخر حق وضع الجذوع لما ذكرنا وهذه
رواية الطحاوي وصححها الجرجاني واذا كانت دار منها في يد رجل عشرة ابيات
وفي يد آخر بيت فالساحة بينهما نصفان لاستوائهما في استعمالها وهو المرور فيها
واذا ادعى الرجلان ارضا يعني كل واحد منهما يدعي انها في يده لم يقض انها في
يد واحد منهما حتى يقيما البينة انها في ايديهما لان اليد فيها غير مشاهدة لتعذر
احضارها وما غاب عن علم القاضي فالبينة تثبته وان اقام احدهما البينة جعلت
في يده لقيام الحجة لان اليد حق مقصود وان اقاما البينة جعلت في ايديهما لما بينا
فلا يستحق لاحدهما من غير حجة وان كان احدهما قد لبن في الارض او بنى او حفر فهي
في يده لوجود التصرف والاستعمال فيها

باب دعوى النسب

واذا
باع جارية فجاءت بولد فادعاه البائع فان جاءت به لاقل من ستة اشهر من يوم
باع فهو ابن للبائع وامه ام ولد له ويفسخ البيع ويرد الثمن وفي القياس
وهو قول زفر والشافعي دعوته باطلة لان البيع اعتراف منه بانه عبد فكان
متناقضا في دعواه ولا نسب بدون الدعوى وجه الاستحسان ان اتصال العلوق
بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه لان الظاهر عدم الزنى ومبنى النسب على الخفاء
فيعفى فيه التناقض واذا صحت الدعوة استندت الى وقت العلوق فتبين انه
باع ام ولده فيفسخ البيع لان بيع ام الولد لا يجوز ويرد الثمن لانه قبضه بغير حق
وان ادعاه المشتري مع دعوة البائع او بعده فدعوة البائع اولى لانها اسبق
لاستنادها الى وقت العلوق وهذه دعوة استيلاد وان جاءت به لاكثر
من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوة البائع لانه لم يوجد اتصال العلوق بملكه
تيقنا وهو الشاهد والحجة الا اذا صدقه المشتري فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد
بالنكاح ولا يبطل البيع لانا تيقنا ان العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق
ولا حقه وهذه دعوة تحرير وغير المالك ليس من اهله وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر
من وقت البيع ولاقل من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه الا ان يصدقه المشتري
لانه احتمل ان لا يكون العلوق في ملكه فلم يوجد الحجة فلا بد من تصديقه واذا صدقه
المشتري ثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والام ام ولد له كما في المسئلة الاولى

قلت

الثاني

انه

يديه

لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك فإن مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به
لأقل من ستة أشهر لم يثبت الاستيلاد في الأم لأنها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت
لعدم حاجته إلى ذلك فلا يتبعه استيلاد الأم وإن ماتت الأم فادعاه البائع وقد جاءت به
لأقل من ستة أشهر يثبت النسب في الولد وأخذه البائع لأن الولد هو الأصل في النسب
فلا يضره فوات التبع وإنما كان الولد أصلا لأنها تضاف إليه يقال أم الولد وتستفيد
الحرية من جهته لقوله عليه السلام أعتقها ولدها والثابت لها حق الحرية وله حقيقتها
والأدنى يتبع الأعلى قال ويرد الثمن كله عند أبي حنيفة وقالا يرد حصة الولد ولا
يرد حصة الأم لأنه تبين أنه باع أم ولده ومالية أم الولد غير متقومة عنده في العقد والغصب
فلا يضمنها المشتري وعندهما متقومة فيضمنها وفي الجامع الصغير وإذا حبلت الجارية
في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري ثم ادعى البائع الولد وقد أعتق المشتري
الأم فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن ولو كان المشتري إنما أعتق الولد فدعواه
باطلة ووجه الفرق أن الأصل في هذا الباب الولد والأم تابعة له على ما مر وفي الفصل
الأول قام المانع من الدعوة والاستيلاد وهو العتق في التبع وهو الأم فلا يمتنع
ثبوته في الأصل وهو الولد وليس من ضرورته كما في ولد المغرور فإنه حر وأمه
أمة لمولاها وكما في المستولدة بالنكاح وفي الفصل الثاني قام المانع بالأصل وهو
الولد فيمتنع ثبوته فيه وفي التبع وإنما كان الإعتاق مانعا لأنه لا يحتمل النقض
كحق استلحاق النسب وحق الاستيلاد فاستويا من هذا الوجه ثم الثابت من المشتري
حقيقة الإعتاق والثابت في الأم حق الحرية وفي الولد للبائع حق الدعوة والحق
لا يعارض الحقيقة والتدبير بمنزلة الإعتاق لأنه لا يحتمل النقض وقد ثبت به
بعض آثار الحرية وقوله في الفصل الأول يرد عليه بحصته من الثمن قولهما وعنده
يرد بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت ومن باع عبدا ولد عنده وباعه
المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الأول فهو ابنه ويبطل البيع لأن البيع يحتمل
النقض وما له من حق الدعوة لا يحتمله فينقض البيع لأجله وكذلك إذا كاتب الولد
أو رهنه أو آجره أو كاتب الأم أو رهنها أو زوجها ثم كانت الدعوة لأن
هذه العوارض تحتمل النقض فينقض ذلك كله وتصح الدعوة بخلاف الإعتاق
والتدبير على ما مر وبخلاف ما إذا ادعاه المشتري أولا ثم ادعاه البائع حيث
لا يثبت النسب من البائع لأن النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض فصار

كاعتاق

كإعتاقه ومن ادعى نسب أحد التوأمين ثبت نسبهما منه لأنهما من ماء واحد فمن ضرورة
ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر وهذا لأن التوأمين ولدان بين ولادتيهما
أقل من ستة أشهر فلا يتصور علوق الثاني حادثا لأنه لا حبل لأقل من ستة أشهر وفي
الجامع الصغير إذا كان في يده غلامان توأمان ولدا عنده فباع أحدهما
وأعتقه المشتري ثم ادعى البائع الذي هو في يده فهما ابناه وبطل عتق المشتري
لأنه لما ثبت نسب الذي عنده لمصادفة العلوق والدعوة ملكه إذ المسألة مفروضة
فيه ثبت حرية الأصل فيه فيثبت نسب الآخر وحرية الأصل فيه ضرورة لأنهما
توأمان فتبين أن عتق المشتري وشراءه لاقى حر الأصل فبطل بخلاف ما إذا
كان الولد واحدا لأن هناك يبطل العتق فيه مقصودا لحق دعوة البائع وههنا
يثبت تبعا لحريته فيه حرية الأصل فافترقا ولو لم يكن أصل العلوق في ملكه ثبت
نسب الذي عنده ولا ينتقض البيع فيما باع لأن هذه دعوة تحرير لانعدام شاهد
الاتصال فيقتصر على محلها ولاية وإذا كان الصبي في يد رجل فقال هو ابن عبدي
فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه أبدا وإن جحد العبد أن يكون ابنه وهذا
عند أبي حنيفة وقالا إذا جحد العبد فهو ابن المولى وعلى هذا الخلاف إذا قال هو
ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لهما أن الإقرار ارتد برد العبد فصار
كأن لم يكن الإقرار والإقرار بالنسب يرتد بالرد وإن كان مما لا يحتمل النقض
ألا يرى أنه يعمل فيه الإكراه والهزل فصار كما إذا أقر المشتري على البائع بإعتاق المشتري
فكذبه البائع ثم قال أنا أعتقته يتحول الولاء إليه بخلاف ما إذا صدقه لأنه يدعي
بعد ذلك نسبا ثابتا من الغير وبخلاف ما إذا لم يصدقه ولم يكذبه لأنه تعلق به حق
المقر له على اعتبار تصديقه فيصير كولد الملاعنة فإنه لا يثبت نسبه من غير الملاعن
لأن له أن يكذب نفسه ولأبي حنيفة أن النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته و
الإقرار بمثله لا يرتد بالرد فبقي فيمتنع دعوته كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت
شهادته لتهمة ثم ادعاه لنفسه وهذا لأنه تعلق به حق المقر له حتى لو صدقه بعد
التكذيب يثبت النسب منه وكذا تعلق به حق الولد فلا يرتد برد المقر له ومسئلة
الولاء على هذا الخلاف ولو سلم فالولاء قد يبطل باعتراض الأقوى كجر الولاء
من جانب الأم إلى قوم الأب وقد اعترض على الولاء الموقوف ما هو أقوى
وهو دعوى المشتري فبطل به بخلاف الإقرار بالنسب على ما مر وهذا يصلح مخرجا

كلا المسئلتين

على اصله فيجوز بيع الولد وتنفذ عليه الدعوة لانه منقطع دعواه اقراره بالنسب لغيره
واذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال المسلم هو عبدي وقال النصراني هو ابني فهو
ابن النصراني وهو حر لان الاسلام مرجح فيستدعي تعارضا ولا تعارض لان
نظر الصبي في هذا اوفر لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مآلا اذ دلائل
الوحدانية ظاهرة وفي عكسه الحكم بالاسلام تبعا وحرمانه عن الحرية اذ ليس في وسعه
اكتسابها ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم اولى ترجيحا للاسلام وهو
اوفر النظرين واذا ادعت امراة صبيا انه ابنها لم تجز دعواها حتى تشهد امراة
على الولادة ومعنى المسئلة ان تكون المراة ذات زوج لانها تدعي تحميل النسب
على الغير فلا تصدق الا بحجة بخلاف الرجل لانه يحمل نفسه النسب ثم شهادة القابلة
كافية فيها لان الحاجة الى تعيين الولد اما النسب يثبت بالفراش القائم وقد صح
ان النبي صلى الله تعالى عليه وسلم قبل شهادة القابلة على الولادة ولو كانت معتدة فلا بد
من حجة تامة عند ابي حنيفة وقد مر في الطلاق وان لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا
يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها وان كان لها زوج
وزعمت انه ابنها منه وصدقها الزوج فهو ابنهما وان لم تشهد امراة لانه التزم نسبه
فاغنى ذلك عن الحجة وان كان الصبي في ايديهما وزعم الزوج انه ابنه من غيرها وزعمت
انه ابنها من غيره فهو ابنهما لان الظاهر ان الولد منهما لقيام ايديهما او لقيام الفراش
بينهما ثم كل واحد منهما يريد ابطال حق صاحبه فلا يصدق عليه وهو نظير ثوب في يد
رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني وبين رجل آخر غير صاحبه يكون الثوب بينهما
الا ان هناك يدخل المقر له في نصيب المقر لان المحل يحتمل الشركة وههنا لا يدخل
لان النسب لا يحتملها ومن اشترى جارية فولدت ولدا عنده فاستحقها رجل غرم
الاب قيمة الولد يوم يخاصم لانه ولد المغرور فان المغرور من يطأ امراة معتمدا
على ملك يمين او نكاح فتلد منه ثم تستحق وولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة
رضوان الله تعالى عليهم اجمعين ولان النظر من الجانبين واجب فيجعل الولد حر الاصل
في حق ابيه رقيقا في حق مدعيه نظرا اليهما ثم الولد حاصل في يده من غير صنعه
فلا يضمنه الا بالمنع كما في ولد المغصوبة فلهذا تعتبر قيمة الولد يوم الخصومة
لانه يوم المنع وان مات الولد فلا شيء على الاب لانعدام المنع وكذا اذا ترك
مالا لان الارث ليس ببدل عنه والمال لابيه لانه حر الاصل في حقه فيرثه ولو

قتله الاب يغرم قيمته لوجود المنع وكذا لو قتله غيره فاخذ ديته لان سلامة بدله
له كسلامته ومنع بدله كمنعه فيغرم قيمته كما اذا كان حيا ويرجع بقيمة الولد على بائعه
لانه ضمن له سلامته كما يرجع بثمنه بخلاف العقر لانه لزمه باستيفاء منافعها
فلا يرجع به على البائع

كتاب الاقرار

واذا اقر الحر البالغ العاقل بحق لزمه اقراره
مجهولا كان ما اقر به او معلوما اعلم ان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق وانه ملزم لوقوعه
دلالة الا ترى كيف الزم رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم ماعزا رضي الله تعالى عنه
الرجم باقراره وتلك المراة باعترافها وهو حجة قاصرة لقصور ولاية المقر عن غيره
فيقتصر عليه وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا فان العبد المأذون وان كان ملحقا
بالحر في حق الاقرار لكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص
لان اقراره عهد موجبا لتعلق الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق عليه بخلاف
المأذون له لانه مسلط عليه من جهته وبخلاف الحد والدم لانه مبقى على اصل الحرية
في ذلك حتى لا يصح اقرار المولى على العبد فيه ولا بد من العقل والبلوغ لان اقرار
الصبي والمجنون غير لازم لانعدام اهلية الالتزام الا اذا كان الصبي ماذونا له
لانه ملحق بالبالغ بحكم الاذن وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار لان الحق قد يلزمه
مجهولا بان اتلف مالا لا يدري قيمته او يجرح جراحة لا يعلم ارشها او تبقى عليه
باقية حساب لا يحيط به علمه والاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيصح به بخلاف الجهالة
في المقر له لان المجهول لا يصلح مستحقا ويقال له بين المجهول لان التجهيل من جهته فصار
كما اذا اعتق احد عبديه فان لم يبين اجبره القاضي على البيان لانه لزمه الخروج
عما لزمه بصحيح اقراره وذلك بالبيان فان قال لفلان علي شيء لزمه ان يبين ما له
قيمة لانه اخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها فاذا بين غير ذلك
كان رجوعا والقول قوله مع يمينه ان ادعى المقر له اكثر من ذلك لانه هو المنكر
فيه وكذا اذا قال لفلان علي حق لما بينا وكذا اذا قال غصبت منه شيئا ويجب
ان يبين ما يجري فيه التمانع تعويلا على العادة ولو قال لفلان علي مال
فالمرجع اليه في بيانه لانه المجمل ويقبل قوله في القليل والكثير لان كل ذلك مال
فانه اسم لما يتمول به الا انه لا يصدق في اقل من درهم لانه لا يعد مالا عرفا
ولو قال مال عظيم لم يصدق في اقل من مائتي درهم لانه اقر بمال موصوف فلا يجوز
الغاء الوصف والنصاب عظيم حتى اعتبر صاحبه غنيا به والغني عظيم عند الناس

وعن ابي حنيفة انه لا يصدق في اقل من عشرة دراهم وهي نصاب السرقة لانه
عظيم حيث يقطع به اليد المحترمة وعنه مثل جواب الكتاب وهذا اذا قال من الدراهم
اما اذا قال من الدنانير فالتقدير فيها بالعشرين وفي الابل بخمس وعشرين لانه
ادنى نصاب يجب فيه من جنسه وفي غير مال الزكوة بقيمة النصاب ولو قال اموال
عظام فالتقدير بثلثة نصب من جنس ما سماه اعتبارا لادنى الجمع ولو قال دراهم
كثيرة لم يصدق في اقل من عشرة دراهم عند ابي حنيفة وعندهما لم يصدق في اقل
من مائتين لان صاحب النصاب مكثر حتى وجبت عليه مواساة غيره بخلاف ما دونه
وله ان العشرة اقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع يقال عشرة دراهم ثم يقال احد عشر درهما
فيكون هو الاكثر من حيث اللفظ فينصرف اليه ولو قال دراهم فهي ثلثة لانه اقل
الجمع الصحيح الا ان يبين اكثر منها لان اللفظ يحتمله وينصرف الى الوزن المعتاد ولو
قال كذا كذا درهما لم يصدق في اقل من احد عشر درهما لانه ذكر عددين مبهمين بينهما
حرف العطف واقل ذلك من المفسر احد وعشرون فيحمل كل وجه على نظيره ولو قال
كذا درهما فهو درهم لانه تفسير للمبهم ولو ثلث كذا بغير واو فاحد عشر لانه لا نظير له
سواه وان ثلث بالواو فمائة واحد وعشرون وان ربع يزاد عليها الالف لان
ذلك نظيره ولو قال له علي او قبلي فقد اقر بدين لان علي صيغة ايجاب وقبلي
ينبئ عن الضمان على ما مر في الكفالة ولو قال المقر هو وديعة ووصل صدق لان
اللفظ يحتمله مجازا حيث يكون المضمون حفظه والمال محله فيصدق موصولا
لا مفصولا قال رضـ وفي نسخ المختصر في قوله قبلي انه اقرار بالامانة لان اللفظ
ينتظمهما حتى صار قوله لا حق لي قبل فلان ابراء عن الدين والامانة جميعا والامانة
اقلهما والاول اصح ولو قال عندي او معي او في بيتي او في كيسي او في صندوقي
فهو اقرار بامانة في يده لان كل ذلك اقرار بكون الشيء في يده وذلك يتنوع
الى مضمون وامانة فيثبت اقلهما واذا قال له رجل لي عليك الف فقال اتزنها
او انتقدها او اجلني بها او قد قضيتكها فهو اقرار لان الهاء في الاول والثاني
كناية عن المذكور في الدعوى فكانه قال اتزن الالف التي لك علي حتى لو لم يذكر
حرف الكناية لا يكون اقرارا لعدم انصرافه الى المذكور والتأجيل انما يكون في حق
واجب والقضاء يتلو الوجوب ودعوى الابراء كالقضاء لما بينا وكذا دعوى
الصدقة والهبة لان التمليك يقتضي سابقة الوجوب وكذا اذا قال احلتك بها على

من احد عشر لانه ذكر عددين مبهمين ليس بينهما حرف العطف واقل ذلك من المفسر احد عشر ولو قال كذا وكذا درهما لم يصدق في اقل م

لان علي صيغة ايجاب

فلان لانه تحويل الدين قال ومن اقر بدين مؤجل فصدقه المقر له في الدين و
كذبه في التأجيل لزمه الدين حالا لانه اقر على نفسه بمال وادعى حقا لنفسه فيه
فصار كما اذا اقر بعبد في يده وادعى الاجارة بخلاف الاقرار بالدراهم السود
لانه صفة فيه وقد مرت المسئلة في الكفالة ويستحلف المقر له على الاجل لانه
منكر حقا عليه واليمين على المنكر ولو قال له علي مائة ودرهم لزمه كلها دراهم ولو
قال مائة وثوب لزمه ثوب واحد والمرجع في تفسير المائة اليه وهو القياس
في الاول وبه قال الشافعي لان المائة مبهمة والدرهم معطوف عليها بالواو
العاطفة لا تفسيرا لها فبقيت المائة على ابهامها كما في الفصل الثاني وجه الاستحسان وهو
الفرق انهم استثقلوا تكرار الدرهم في كل عدد واكتفوا بذكره عقيب العددين وهذا
فيما يكثر استعماله وذلك عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه وذلك في الدراهم
والدنانير والمكيل والموزون اما الثياب وما لا يكال ولا يوزن فلا يكثر وجوبها
فبقي على الحقيقة وكذا اذا قال مائة وثوبان لما بينا بخلاف ما اذا قال مائة و
ثلثة اثواب لانه ذكر عددين مبهمين واعقبهما تفسيرا اذ الاثواب لم تذكر بحرف
العطف فانصرف اليهما لاستوائهما في الحاجة الى التفسير فكان كلها ثيابا ومن اقر
بتمر في قوصرة لزمه التمر والقوصرة وفسره في الاصل بقوله غصبت تمرا في
قوصرة ووجهه ان القوصرة ظرف ووعاء له وغصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق
بدون الظرف فيلزمانه وكذا الطعام في السفينة والحنطة في الجوالق بخلاف ما
اذا قال غصبت من قوصرة لان كلمة من للانتزاع فكان الاقرار بغصب المنزوع
ومن اقر بدابة في اصطبل لزمه الدابة خاصة لان الاصطبل غير مضمون بالغصب
عند ابي حنيفة وابي يوسف وعلى قياس قول محمد يضمنهما ومثله الطعام في البيت
ومن اقر لغيره بخاتم لزمته الحلقة والفص لان اسم الخاتم يشمل الكل ومن
اقر له بسيف فله النصل والجفن والحمائل لان الاسم ينطوي على الكل ومن
اقر بحجلة فله العيدان والكسوة لانطلاق الاسم على الكل عرفا وان قال غصبت
ثوبا في منديل لزماه جميعا لانه ظرف لان الثوب يلف فيه وكذا لو قال علي
ثوب في ثوب لزماه لانه ظرف بخلاف قوله درهم في درهم حيث يلزمه واحد
لانه ضرب لا ظرف وان قال ثوب في عشرة اثواب لم يلزمه الا ثوب واحد
عند ابي يوسف وقال محمد لزمه احد عشر ثوبا لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة

الثوب لا يمكن الحمل على الظرف ولابي يوسف ان كلمة في تستعمل في البين والوسط ايضا
قال الله تعالى فادخلي في عبادي اي بين عبادي فوقع الشك والاصل براءة الذمم
على ان كل ثوب منها موعى وليس بوعاء فتعذر الحمل على الظرف فتعين الاول
محملا ولو قال لفلان علي خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة واحدة
لان الضرب لا يكثر المال وقال الحسن رحمه الله يلزمه خمسة وعشرون وقد ذكرناه
في الطلاق وان قال اردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة لان اللفظ يحتمله ولو قال
له علي من درهم الى عشرة او ما بين درهم الى عشرة لزمه تسعة عند ابي حنيفة فيلزمه
الابتداء وما بعده وتسقط الغاية وقالا يلزمه العشرة كلها فتدخل الغايتان
وقال زفر رحمه الله يلزمه ثمانية ولا تدخل الغايتان ولو قال له من داري ما بين هذا
الحائط الى هذا الحائط فله ما بينهما وليس له من الحائطين شيء وقد مرت الدلائل
في الطلاق **فصل** ومن قال لحمل فلانة علي الف درهم فان قال
اوصى له فلان او مات ابوه فورثه فالاقرار صحيح لانه اقر بسبب صالح لثبوت الملك له
ثم اذا جاءت به في مدة يعلم انه كان قائما وقت الاقرار لزمه فان جاءت به
ميتا فالمال للموصي والمورث حتى يقسم بين ورثته لانه اقرار في الحقيقة لهما
وانما ينتقل الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل وان جاءت بولدين حيين كان
المال بينهما وان قال المقر باعني او اقرضني لم يلزمه شيء لانه بين مستحيلا وان
ابهم الاقرار لم يصح عند ابي يوسف وقال محمد يصح لان الاقرار من الحجج فيجب اعماله
وقد امكن بالحمل على السبب الصالح ولابي يوسف ان الاقرار مطلقه ينصرف الى الاقرار
بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد المأذون واحد المتفاوضين عليه فيصير كما اذا
صرح به ومن اقر بحمل جارية او حمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه لان له وجها
صحيحا وهو الوصية به من جهة غيره فحمل عليه ومن اقر بشرط الخيار بطل الشرط لان
الخيار للفسخ والاخبار لا يحتمله ولزمه المال لوجود الصيغة الملزمة ولم ينعدم
بهذا الشرط الباطل **باب الاستثناء وما في معناه** ومن استثنى متصلا باقراره
صح الاستثناء ولزمه الباقي لان الاستثناء مع الجملة عبارة عن الباقي ولكن لا بد
من الاتصال وسواء استثنى الاقل او الاكثر فان استثنى الجميع لزمه الاقرار
وبطل الاستثناء لانه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعده فكان رجوعا وقد
مر الوجه في الطلاق ولو قال له علي مائة درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة

لا يلتحق بالاخبار لانه يعنى بالاحسان ولانه ف

لزمه مائة الا قيمة الدينار او القفيز وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف ولو قال له علي
مائة درهم الا ثوبا لم يصح الاستثناء وقال محمد لا يصح فيهما وقال الشافعي يصح فيهما
لمحمد ان الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ وهذا لا يتحقق في خلاف الجنس
وللشافعي انهما اتحدا جنسا من حيث المالية ولهما ان المجانسة في الاول ثابتة من
حيث الثمنية وهذا في الدينار ظاهر والمكيل والموزون اوصافهما اثمان اما الثوب
فليس بثمن اصلا ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة وما يكون ثمنا يصلح مقدرا
فبقي بقدره مستثنى من الدراهم وما لا يكون ثمنا لا يصلح مقدرا فبقي المستثنى من
الدراهم مجهولا فلا يصح ومن اقر بحق وقال ان شاء الله متصلا باقراره لم يلزمه
الاقرار لان الاستثناء بمشيئة الله تعالى اما ابطال او تعليق فان كان الاول
فقد بطل وان كان الثاني فكذلك اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط
او لانه شرط لا يوقف عليه كما ذكرنا في الطلاق بخلاف ما اذا قال لفلان علي مائة
درهم اذا مت او اذا جاء راس الشهر او اذا افطر الناس لانه في معنى بيان المدة
فيكون تاجيلا لا تعليقا حتى لو كذبه المقر له في الاجل يكون حالا ومن اقر بدار
واستثنى بناءها لنفسه فللمقر له الدار والبناء لان البناء داخل فيه تبعا لا
لفظا والاستثناء تصرف في الملفوظ والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير
البناء في الدار لانه يدخل فيه تبعا لا لفظا بخلاف ما اذا قال الا ثلثها او الا بيتا
منها لانه داخل فيه لفظا ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال
لان العرصة عبارة عن البقعة دون البناء فكانه قال بياض هذه الارض دون
البناء لفلان بخلاف ما اذا قال مكان العرصة ارضا حيث يكون البناء للمقر له
لان الاقرار بالارض اقرار بالبناء كالاقرار بالدار ولو قال له علي الف درهم
من ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه فان ذكر عبدا بعينه قيل للمقر له ان شئت
فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شيء لك قال رضي الله عنه وهذا على وجوه احدها هذا
وهو ان يصدقه ويسلم العبد وجوابه ما ذكر لان الثابت بتصادقهما كالثابت
معاينة والثاني ان يقول المقر له العبد عبدك ما بعتكه وانما بعتك عبدا غير هذا
وفيه المال لازم على المقر لاقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم فلا يبالي
باختلاف السبب بعد حصول المقصود والثالث ان يقول العبد عبدي ما بعتكه
وحكمه ان لا يلزم المقر شيء لانه ما اقر بالمال الا عوضا عن العبد فلا يلزمه دونه

المستثنى

المال م

في هذا الاقرار معنى م

وان قال مع ذلك انما بعتك غيره يتحالفان لان المقر يدعي تسليم من عينه والآخر
ينكر والمقر له يدعي الالف عليه ببيع غيره والآخر ينكر واذا تحالفا بطل المال
هذا اذا ذكر عبدا بعينه وان قال من ثمن عبد اشتريته منه ولم يعينه لزمه الالف
ولا يصدق في قوله ما قبضت عند ابي حنيفة وصل او فصل لانه رجوع فانه اقر
بوجوب المال رجوعا الى كلمة علي وانكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب
اصلا لان الجهالة مقارنة كانت او طارئة بان اشترى عبدا ثم نسياه عند الاختلاف
بانها توجب هلاك المبيع فيمتنع وجوب نقد الثمن واذا كان كذلك كان رجوعا
فلا يصح وان كان موصولا وقال ابو يوسف ومحمد ان وصل صدق ولم يلزمه شيء
وان فصل لم يصدق اذا انكر المقر له ان يكون ذلك من ثمن عبد وان اقر انه باعه
متاعا فالقول قول المقر ووجه ذلك انه اقر بوجوب المال عليه وادعى سببا وهو
البيع فان وافقه الطالب في السبب وبه لا يتأكد الوجوب الا بالقبض والمقر ينكره
فيكون القول قوله وان كذبه في السبب كان هذا من المقر بيانا مغيرا لان صدر كلامه
للوجوب مطلقا وآخره يحتمل انتفاءه على اعتبار عدم القبض والمغير يصح موصولا
لا مفصولا وان قال ابتعت منه عينا الا اني لم اقبضه فالقول قوله بالاجماع
لانه ليس من ضرورة البيع القبض بخلاف الاقرار بوجوب الثمن وكذا لو قال من ثمن
خمر او خنزير ومعنى المسألة اذا قال لفلان علي الف درهم من ثمن الخمر او الخنزير لزمه
الالف ولم يقبل تفسيره عند ابي حنيفة وصل او فصل لانه رجوع لان ثمن الخمر
والخنزير لا يكون واجبا واول كلامه للوجوب وقالا اذا وصل لا يلزمه شيء
لانه بين بآخر كلامه انه ما اراد به الايجاب فصار كما اذا قال في آخره ان شاء الله
قلنا ذلك تعليق وهذا ابطال ولو قال له علي الف درهم من ثمن متاع او قال
اقرضني الف درهم ثم قال هي زيوف او نبهرجة وقال المقر له جياد لزمه الجياد
في قول ابي حنيفة وقالا ان قال موصولا يصدق وان كان مفصولا لا يصدق
وعلى هذا الخلاف اذا قال هي ستوقة او رصاص وعلى هذا اذا قال الا انها زيوف
وعلى هذا اذا قال لفلان علي الف درهم زيوف من ثمن متاع لهما ان هذا بيان
مغير فيصح بشرط الوصل كالشرط والاستثناء وهذا لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف
بحقيقته والستوقة بمجازه الا ان مطلقه ينصرف الى الجياد فكان بيانا مغيرا
من هذا الوجه وصار كما اذا قال الا انها وزن خمسة ولابي حنيفة انه رجوع لان

مطلق

مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب والزيافة عيب ودعوى العيب رجوع عن بعض
موجبه وصار كما اذا قال بعتكه معيبا وقال المشتري بعتنيه سليما فالقول للمشتري
لما بينا والستوقة ليست من الاثمان والبيع يرد على الثمن فكان رجوعا وقوله
الا انها وزن خمسة يصح استثناء لانه مقدار بخلاف الجودة لان استثناء الوصف
لا يصح كاستثناء البناء في الدار وهذا بخلاف ما اذا قال لفلان علي كر حنطة من
ثمن عبد الا انها رديئة لان الرداءة نوع لا عيب فمطلق العقد لا يقتضي السلامة
عنها وعن ابي حنيفة في غير رواية الاصول في القرض انه يصدق في الزيوف
اذا وصل لان القرض يوجب مثل المقبوض وقد يكون زيفا كما في الغصب
وجه الظاهر ان التعامل بالجياد فانصرف مطلقه اليها ولو قال لفلان علي الف درهم
زيوف ولم يذكر البيع والقرض قيل يصدق بالاجماع لان اسم الدراهم يتناولها
وقيل لا يصدق لان مطلق الاقرار ينصرف الى العقود لتعينها مشروعة لا الى
الاستهلاك المحرم ولو قال غصبت منه الفا او قال اودعني الف درهم ثم قال
هي زيوف او نبهرجة صدق وصل او فصل لان الانسان يغصب ما يجد ويودع
ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل فيكون بيان النوع فيصح وان فصل
ولهذا لو جاء راد المغصوب والوديعة بالمعيب فالقول له وعن ابي يوسف في الغصب
انه لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض اذ القبض فيهما هو الموجب للضمان
ولو قال هي ستوقة او رصاص بعدما اقر بالغصب والوديعة ان وصل صدق وان
فصل لم يصدق لان الستوقة ليست من جنس الدراهم الا ان الاسم يتناولها مجازا
فكان هذا بيانا مغيرا فلا بد من الوصل وان قال في هذا كله الفا ثم قال الا انه
ينقص كذا لم يصدق وان وصل صدق لانه استثناء المقدار والاستثناء
يصح بخلاف الزيافة لانها وصف واللفظ يتناول المقدار دون الوصف وهو
تصرف لفظي كالاستثناء ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام فهو واصل لعدم
امكان الاحتراز عنه ومن اقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول قوله
لان الغصب لا يختص بالسليم ومن قال لآخر بل اخذتها غصبا فهو ضامن وان
قال اعطيتنيها وديعة فقال لا بل غصبتنيها لم يضمن والفرق ان في الفصل الاول
اقر بسبب الضمان وهو الاخذ ثم ادعى ما يبرئه وهو الاذن والآخر ينكره فيكون
القول له مع اليمين وفي الفصل الثاني اضاف الفعل الى غيره وذاك يدعي عليه

سبب الضمان وهو الغصب فكان القول لمنكره مع اليمين والقبض في هذا كالاخذ
والدفع كالاعطاء فان قال قائل اعطاؤه والدفع اليه لا يكون بدون قبضه
فنقول قد يكون بالتخلية والوضع بين يديه ولو اقتضى ذلك فالمقتضي ثابت ضرورة
فلا يظهر في انعقاده سبب الضمان وهذا بخلاف ما اذا قال اخذتها منك وديعة
وقال الآخر لا بل قرضا حيث يكون القول للمقر وان اقر بالاخذ لانهما توافقا
هناك على ان الاخذ كان باذنه الا ان المقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض
والآخر ينكره فافترقا ولو قال هذه الالف كانت وديعة لي عند فلان فاخذتها
فقال فلان هي لي فانه ياخذها لانه اقر باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو
ينكره والقول للمنكر ولو قال آجرت دابتي هذه فلانا فركبها وردها او قال
آجرت ثوبي هذا فلانا فلبسه ورده فالقول قوله عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد القول قول الذي اخذ منه الدابة والثوب وهو القياس وعلى هذا الخلاف
الاعارة والاسكان ولو قال خاط ثوبي هذا فلان بنصف درهم ثم قبضته
وقال فلان الثوب ثوبي فهو على هذا الاختلاف في الصحيح وجه القياس ما بيناه
في الوديعة ووجه الاستحسان وهو الفرق ان اليد في الاجارة والاعارة ضرورية
تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فيكون عدما فيما وراء الضرورة
فلا يكون اقرارا له باليد مطلقا بخلاف الوديعة لان اليد فيها مقصودة والايداع
اثبات اليد قصدا فيكون الاقرار به اعترافا باليد للمودع ووجه آخر ان في الاجارة
والاعارة والاسكان اقر بيد ثابتة من جهته فيكون القول قوله في كيفيته ولا
كذلك في مسئلة الوديعة لانه قال فيها كانت وديعة وقد تكون من غير صنعه
حتى لو قال اودعتها كان على هذا الخلاف وليس مدار الفرق على ذكر الاخذ
في طرف الوديعة وعدمه في الطرف الآخر وهو الاجارة واختاها لانه ذكر
الاخذ في وضع الطرف الآخر ايضا في كتاب الاقرار وهذا بخلاف ما اذا قال
اقتضيت من فلان الف درهم كانت لي عليه او قال اقرضته الف درهم ثم اخذتها
منه وانكر المقر له حيث يكون القول قوله لان الديون تقضى بامثالها وذلك
انما يكون بقبض مضمون فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه
بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكر اما ههنا فالمقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة
وما اشبهها فافترقا ولو اقر ان فلانا زرع هذه الارض او بنى هذه الدار او غرس

هذا الكرباس وذلك كله في يد المقر وادعاها فلان فقال المقر بل ذلك كله لي استعنت
بك ففعلت او فعلته باجر فالقول للمقر لانه ما اقر له باليد انما اقر بمجرد فعل منه
وقد يكون ذلك في ملك في يد المقر وصار كما اذا قال خاط لي الخياط قميصي
هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن اقرارا باليد ويكون القول للمقر لما انه
اقر بفعل منه وقد يخيط ثوبا في يد المقر كذا هذا

باب الاقرار في المرض

واذا اقر الرجل في مرض موته بديون وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه
باسباب معلومة فدين الصحة والدين المعروف الاسباب مقدم وقال الشافعي دين
المرض ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن عقل
ودين ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق وصار كانشاء التصرف مناكحة
ومبايعة ولنا ان الاقرار لا يعتبر دليلا اذا كان فيه ابطال حق الغير وفي اقرار
المريض ذلك لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء ولهذا منع من التبرع
والمحاباة الا بقدر الثلث بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية وهو بمهر المثل
وبخلاف المبايعة بمثل القيمة لان حقهم تعلق بالمالية دون الصورة وفي حالة الصحة
لم يتعلق حقهم بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق التثمير وهذه حالة العجز وحالتا المرض
حالة واحدة لانه حالة الحجر بخلاف حالتي الصحة والمرض لان الاولى حالة اطلاق
وهذه حالة عجز فافترقا وانما تقدم الديون المعروفة الاسباب لانه لا تهمة في
ثبوتها اذ المعاين لا مرد له وذلك مثل بدل مال ملكه او استهلكه وعلم وجوبه
بغير اقراره او تزوج امراة بمهر مثلها وهذا الدين مثل دين الصحة لا يقدم احدهما على
الآخر لما بينا ولو اقر بعين في يده لآخر لم يصح اقراره في حق غرماء الصحة لتعلق
حقهم به ولا يجوز للمريض ان يقضي دين بعض الغرماء دون البعض لان في ايثار البعض
ابطال حق الباقين وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء الا اذا قضى ما استقرض
في مرضه او نقد ثمن ما اشترى في مرضه وقد علم وجوبه بالبينة قال واذا قضيت
الديون المقدمة وفضل شيء يصرف الى ما اقر به في حالة المرض لان الاقرار
في ذاته صحيح وانما رد في حق غرماء الصحة فاذا لم يبق حقهم ظهرت صحته قال فان
لم يكن عليه ديون في صحته جاز اقراره لانه لم يتضمن ابطال حق الغير فكان المقر له اولى
من الورثة لقول عمر رضي الله عنه اذا اقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته
ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ ولهذا

تقدم حاجته في التكفين ولو اقر المريض لوارثه لا يصح الا ان يصدقه فيه بقية الورثة
وقال الشافعي في احد قوليه يصح لانه اظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه و
صار كالاقرار لاجنبي وبوارث اخر وبوديعة مستهلكة للوارث ولنا قوله عليه السلام
لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين ولانه تعلق حق الورثة بماله في مرضه
ولهذا يمنع من التبرع على الوارث اصلا ففي تخصيص البعض به ابطال حق الباقين
ولان حالة المرض حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق الا ان هذا التعلق لم
يظهر في حق الاجنبي لحاجته الى المعاملة في الصحة لانه لو حجر عن الاقرار بالمرض
يمتنع الناس عن المعاملة معه وقلما تقع المعاملة مع الوارث ولم يظهر في حق الاقرار
بوارث اخر لحاجته ايضا ثم هذا التعلق حق بقية الورثة فاذا صدقوه فقد ابطلوه
فصح اقراره وان اقر لاجنبي جاز وان احاط بماله لما بينا والقياس ان لا يجوز الا
في الثلث لان الشرع قصر تصرفه عليه الا انا نقول لما صح اقراره بالثلث جاز تصرفه
في ثلث الباقي لانه الثلث بعد الدين ثم وثم حتى ياتي على الكل ومن اقر لاجنبي في مرضه
ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه وبطل اقراره وان اقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل
اقراره لها ووجه الفرق ان دعوة النسب تستند الى وقت العلوق فتبين انه
اقر لابنه فلا يصح ولا كذلك الزوجية لانها تقتصر على زمان التزوج فبقي اقراره
لاجنبية ومن طلق ثلاثا في مرضه ثم اقر لها بدين فلها الاقل من الدين ومن
ميراثها منه لانهما متهمان فيه لقيام العدة وباب الاقرار مسدود للوارث فلعله اقدم
على هذا الطلاق ليصح اقراره لها زيادة على ميراثها ولا تهمة في اقل الامرين
فيثبت **فصل** ومن اقر بغلام يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف انه ابنه
وصدقه الغلام ثبت نسبه منه وان كان مريضا لان النسب مما يلزمه خاصة
فيصح اقراره به وشرط ان يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذبا في الظاهر وشرط
ان لا يكون له نسب معروف لانه يمنع ثبوته من غيره وانما شرط تصديق الغلام
لانه في يد نفسه اذ المسئلة في غلام يعبر عن نفسه بخلاف الصغير على ما مر ولا يمتنع
بالمرض لان النسب من الحوائج الاصلية قال ويشارك الورثة في الميراث لانه لما ثبت
نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته قال ويجوز اقرار الرجل
بالوالدين والولد والزوج والمولى لانه اقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب
على الغير ويقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا ولا يقبل بالولد

زوجته م
من قبل م
النسب م

لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج لان النسب منه الا ان يصدقها الزوج
لان الحق له او تشهد بولادته قابلة لان قول القابلة في هذا مقبول وقد مر
في الطلاق وقد ذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى ولا بد من تصديق
هؤلاء ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر لان النسب يبقى بعد الموت وكذا يصح
تصديق الزوجة لان حكم النكاح باق وكذا يصح تصديق الزوج بعد موتها لان
الارث من احكامه وعند ابي حنيفة لا يصح لان النكاح انقطع بالموت ولهذا لا
يحل له غسلها ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لانه معدوم وقت الاقرار
وانما يثبت بعد الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار ومن اقر بنسب من غير الوالدين
والولد نحو الاخ والعم لم يقبل اقراره في النسب لان فيه حمل النسب على الغير فان كان
له وارث معروف قريب او بعيد فهو اولى بالميراث من المقر له لانه لما لم يثبت
نسبه منه لا يزاحم الوارث المعروف وان لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه لان
له ولاية التصرف في ماله عند عدم الوارث الا ترى ان له ان يوصي بجميعه فيستحق جميع المال
وان لم يثبت نسبه لما فيه من حمل النسب على الغير وليست هذه وصية حقيقة حتى لو اقر
باخ ثم اوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث المال ولو كان الاول وصية لاشتركا
نصفين لكنه بمنزلتها حتى لو اقر باخ في مرضه وصدقه المقر له ثم انكر المقر وراثته
ثم اوصى بماله كله لانسان كان ماله للموصى له فان لم يوص لاحد كان لبيت المال لان رجوعه
صحيح لانه لم يثبت نسبه فبطل الاقرار ومن مات ابوه فاقر باخ لم يثبت نسب اخيه
لما بينا ويشركه في الميراث لان اقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير ولا
ولاية له عليه والشركة في المال وله فيه ولاية فيثبت كالمشتري اذا اقر
على البائع بالعتق لم يقبل اقراره عليه حتى لا يرجع عليه بالثمن ويقبل في العتق ومن
مات وترك ابنين وله على اخر مائة درهم فاقر احدهما ان اباه قبض منها خمسين
لا شيء للمقر وللاخر خمسون لان هذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء انما
يكون بقبض مضمون فاذا كذبه اخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا
غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن لو رجع المقر على
القابض بشيء لرجع القابض على الغريم ورجع الغريم على المقر فيؤدي الى الدور

كتاب الصلح

قال الصلح على ثلاثة اضرب صلح مع اقرار
وصلح مع سكوت وهو ان لا يقر المدعى عليه ولا ينكر وصلح مع انكار وكل ذلك

حالة
لا يقبل م
حق م
المقر م

كتاب الصلح

جاز لاطلاق قوله تعالى والصلح خير ولقوله عليه السلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحا
احل حراما او حرم حلالا وقال الشافعي لا يجوز مع انكار او سكوت لما روينا وهذا
بهذه الصفة لان البدل كان حلالا على الدافع حراما على الآخذ فينقلب الامر ولان
المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة عن نفسه وهذا رشوة ولنا ما تلونا واول ما
روينا وتاويل آخره احل حراما لعينه كالخمر او حرم حلالا لعينه كالصلح على ان لا يطأ
الضرة ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضى بجوازه لان المدعي ياخذه عوضا
عن حقه في زعمه وهذا مشروع والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا مشروع
ايضا اذ المال وقاية الانفس ودفع الرشوة لدفع الظلم امر جائز قال فان وقع الصلح
عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات ان وقع عن مال بمال لوجود معنى البيع وهو
مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين بتراضيهما فتجري فيه الشفعة اذا كان عقارا
ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الشرط وخيار الرؤية ويفسده جهالة البدل لانها
هي المفضية الى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط ويشترط القدرة
على تسليم البدل وان وقع عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات لوجود معنى الاجارة
وهو تمليك المنافع بمال والاعتبار في العقود لمعانيها فيشترط التوقيت فيها ويبطل
الصلح بموت احدهما في المدة لانه اجارة والصلح عن السكوت والانكار في حق المدعى
عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة لما بينا ويجوز
ان يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الاقالة في حق المتعاقدين وغيرهما وهذا
في الانكار ظاهر وكذا في السكوت لانه يحتمل الاقرار والجحود فلا يثبت كونه
عوضا في حقه بالشك قال واذا صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة معناه اذا كان
عن انكار او سكوت لانه ياخذها على اصل حقه ويدفع المال دفعا لخصومة المدعي
وزعم المدعي لا يلزمه بخلاف ما اذا صالح على دار حيث يجب فيها الشفعة لان المدعي
ياخذها عوضا عن المال فكان معاوضة في حقه فتلزمه الشفعة باقراره وان كان
المدعى عليه يكذبه واذا كان الصلح عن اقرار فاستحق بعض المصالح عنه رجع المدعى
عليه بحصة ذلك من العوض لانه معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع
هذا وان وقع الصلح عن سكوت او انكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة
ورد العوض لان المدعى عليه ما بذل العوض الا ليدفع خصومته عن نفسه فاذا
ظهر الاستحقاق تبين انه لا خصومة له فيبقى العوض في يده غير مشتمل على غرضه فيسترده

وان استحق بعض ذلك رد حصته ورجع بالخصومة فيه لانه خلا العوض في هذا
القدر عن الغرض ولو استحق المصالح عليه وكان الصلح عن اقرار رجع بكل المصالح عنه
لانه مبادلة وان استحق بعضه رجع بحصته وان كان الصلح عن انكار او
سكوت رجع الى الدعوى في كله او بقدر المستحق اذا استحق بعضه لان المبدل هو
الدعوى وهذا بخلاف ما اذا باع على الانكار شيئا حيث يرجع بالمدعى لان الاقدام
على البيع اقرار منه بالملك له بخلاف الصلح لانه يدفع المال لدفع الخصومة ولو هلك
بدل الصلح قبل التسليم فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين واذا ادعى حقا
في دار ولم يبينه فصولح من ذلك ثم استحق بعض الدار لم يرد شيئا من العوض لان دعواه
يجوز ان يكون فيما بقي بخلاف ما اذا استحق كله لانه يعرى العوض عند ذلك عن شيء يقابله
فيرجع بكله على ما قدمناه في البيوع ولو ادعى دارا فصالحه على قطعة منها لم يصح الصلح
لان ما قبضه من عين حقه وهو على دعواه في الباقي والوجه فيه احد الامرين اما
ان يزيد درهما في بدل الصلح فيصير ذلك عوضا عن حقه فيما بقي او يلحق به ذكر البراءة
عن دعوى الباقي **فصل** والصلح جائز عن دعوى الاموال لانه في معنى البيع على ما مر قال
والمنافع لانها تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح والاصل ان الصلح يجب حمله على اقرب
العقود اليه واشبهها به احتيالا لتصحيح تصرف العاقل ما امكن قال ويصح عن جناية
العمد والخطأ اما الاول فلقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء الاية قال ابن عباس
رضي الله عنهما انها نزلت في الصلح عن دم العمد وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح مسمى فيه
صلح مسمى ههنا اذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال الا ان عند فساد التسمية
ههنا يصار الى الدية لانه موجب الدم ولو صالح على خمر لا يجب شيء لانه لا يجب
بمطلق العفو وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين لانه الموجب الاصلي ويجب مع
السكوت عنه ويدخل في اطلاق جواب الكتاب الجناية في النفس وما دونها
وهذا بخلاف ما اذا صالح عن حق الشفعة على مال حيث لا يصح لان حق الشفعة حق التملك
ولا حق في المحل قبل التملك اما القصاص فملك المحل في حق الفعل فيصح الاعتياض
عنه واذا لم يصح الصلح تبطل الشفعة لانه يبطل بالاعراض والسكوت والكفالة
بالنفس بمنزلة حق الشفعة حتى لا يجب المال بالصلح عنه غير انه في بطلان الكفالة
روايتان على ما عرف في موضعه واما الثاني وهو جناية الخطأ فلان موجبها المال
فيصير بمنزلة البيع الا انه لا يصح الزيادة على قدر الدية لانه مقدر شرعا فلا يجوز

بطلانه فترد الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز الزيادة على قدر الدية لان
القصاص ليس بمال وانما تقوم بالعقد وهذا اذا صالح على احد مقادير الدية
اما اذا صالح على غير ذلك جاز لانه مبادلة بها الا انه يشترط القبض في المجلس كيلا
يكون افتراقا عن دين بدين ولو قضى القاضي باحد مقاديرها فصالح على جنس اخر
منها بالزيادة جاز لانه تعين الحق بالقضاء فكان مبادلة بخلاف الصلح ابتداء
لان تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين فلا يجوز الزيادة
على ما تعين قال ولا يجوز عن دعوى حد لانه حق الله تعالى لا حقه فلا يجوز الاعتياض
عن حق غيره ولهذا لا يجوز الاعتياض اذا ادعت المرأة نسب ولدها لانه حق الولد
لا حقها وكذا لا يجوز الصلح عما اشرعه الى طريق العامة لانه حق العامة فلا يجوز
ان يصالح واحد على الانفراد عنه ويدخل في اطلاق جواب الكتاب حد القذف
لان المغلب فيه حق الشرع قال واذا ادعى رجل على امرأة نكاحا وهي تجحد فصالحته
على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز وكان في معنى الخلع لانه امكن تصحيحه خلعا
في جانبه بناء على زعمه وفي جانبها بذلا للمال لدفع الخصومة قالوا ولا يحل له
ان ياخذ فيما بينه وبين الله تعالى اذا كان مبطلا في دعواه قال ولو ادعت امرأة
نكاحا على رجل فصالحها على مال بذله لها جاز هكذا ذكر في بعض نسخ المختصر وفي
بعضها قال لم يجز وجه الاول ان يجعل زيادة في مهرها ووجه الثاني انه بذل لها
المال لترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطي العوض
في الفرقة وان لم يجعل فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى فلا شيء يقابله العوض
فلم يصح قال وان ادعى على رجل انه عبده فصالحه على مال اعطاه جاز وكان
في حق المدعي بمنزلة الاعتاق على مال لانه امكن تصحيحه على هذا الوجه في حقه لزعمه
ولهذا يصح على حيوان في الذمة الى اجل وفي حق المدعى عليه يكون لدفع الخصومة لانه
يزعم انه حر الاصل فجاز الا انه لا ولاء له الا ان يقيم البينة فتقبل ويثبت الولاء
قال واذا قتل العبد الماذون له رجلا عمدا لم يجز له ان يصالح عن نفسه وان
قتل عبد له رجلا عمدا فصالح عنه جاز ووجه الفرق ان رقبته ليست من تجارته
ولهذا لا يملك التصرف فيه بيعا فكذا استخلاصا بمال المولى وصار كالاجنبي
اما عبده من تجارته وتصرفه فيه نافذ بيعا فكذا استخلاصا وهذا لان المستحق
كالزائل عن ملكه وهذا شراؤه فيملكه ومن غصب ثوبا يهوديا قيمته دون المائة فا

التعيين

قال رحمه الله م

لانه كالعبد م

فصالحه جاز نه

ستهلكه

فاستهلكه فصالحه منها على مائة درهم جاز عند ابي حنيفة وقالا يبطل الفضل
على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه لان الواجب فيه هو القيمة وهي مقدرة فالزيادة
عليها تكون ربوا بخلاف ما اذا صالح على عرض لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف
الجنس وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل تحت تقويم المقومين فلا تظهر
الزيادة ولابي حنيفة ان حقه في الهالك باق حتى لو كان عبدا فترك اخذ القيمة
يكون الكفن عليه او حقه في مثله صورة ومعنى لان ضمان العدوان بالمثل وانما
ينتقل الى القيمة بالقضاء فقبله اذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون
ربوا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة قال واذا كان العبد
بين رجلين اعتقه احدهما وهو موسر فصالحه الاخر على اكثر من نصف قيمته فالفضل
باطل وهذا بالاتفاق اما عندهما فلما بينا والفرق لابي حنيفة ان القيمة في العتق
منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا يجوز الزيادة
عليه بخلاف ما تقدم لانها غير منصوص عليها ولان اخذ المال في الفصلين يصلح اعتياضا
واستيفاء الا انه ترجحت جهة الاعتياض في الاول نظرا الى طلب الربا دفعا
وترجحت جهة الاستيفاء في الثاني لانه لازم ولهذا لو امتنع يجبر على القبول
ولا كذلك الفصل الاول قال فان صالحه على عروض جاز لما بينا انه لا يظهر الفضل

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح
لم يلزم الوكيل ما صالح عنه الا ان يضمنه والمال لازم للموكل وتاويل هذه المسئلة
اذا كان الصلح عن دم العمد او كان الصلح على بعض ما يدعيه من الدين لانه اسقاط
محض فكان الوكيل فيه سفيرا ومعبرا فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح الا ان يضمنه
لانه حينئذ هو مواخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح اما اذا كان الصلح عن مال
بمال فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق الى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون
الموكل قال وان صالح رجل عنه بغير امره فهو على اربعة اوجه ان صالح بمال
وضمنه تم الصلح لان الحاصل للمدعى عليه ليس الا البراءة وفي حقها الاجنبي
والمدعى عليه سواء فصلح اصيلا فيه اذا ضمنه كالفضولي بالخلع اذا ضمن البدل
ويكون متبرعا على المدعى عليه كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بامره
ولا يكون لهذا المصالح شيء من المدعى وانما ذلك للذي في يده لان تصحيحه بطريق
الاسقاط ولا فرق في هذا بين ما اذا كان مقرا او منكرا وكذلك ان قال

[illegible] المغصوب بعد الهلاك باق على ملكه ما لم يتقرر حقه في ضمان القيمة حتى لو كان عبدا واختار [illegible] الكفن عليه ولو كان الثقا [illegible] فكان مملوكا له [illegible] الدين ووجب عليه الصلح يكون عوضا [illegible] العبد والدراهم كما لو كان العبد [illegible] والثاني ان الواجب على الغاصب رد العين [illegible] عليه وسلم على اليد [illegible] عند تعذر رد العين لسقوط القيمة مقام العين فكان ذلك ضرورة الا [illegible] الا عند العجز [illegible] العين [illegible] فلا يظهر الفضل ليكون ربوا [illegible] المصنف [illegible] لانه وضع المسئلة في القيمي وذكر في الدليل [illegible] ولا يصار فيها الى القيمة الا اذا انقطع [illegible] اليها ويمكن ان يجاب عنه بانه [illegible] ذلك [illegible] اذا انقطع حكمه كالقيمي لا ينتقل فيه الى القيمة الا بالقضاء فقبله اذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون ربوا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة [illegible]

[illegible] لو صالحه على طعام موصوف في الذمة الى اجل فانه لا يجوز ولو كان بدلا عن المغصوب جاز لان الطعام الموصوف بمقابلة المغصوب ثمن وبمقابلة القيمة بيع [illegible] فصالح عن الدية على اكثر [illegible] الاف درهم لم يجز [illegible] بان المغصوب المستهلك [illegible] على الكثرة [illegible] جاز [illegible] البدل [illegible] لانه لا وجه لحمله على الاعتياض عن [illegible] بانه لو باع عبد المغصوب بعد الهلاك [illegible] لم يجز [illegible] مال متقوم [illegible] الصلح [illegible] كذا في العناية [illegible] الكمال الدين

المولى م

قوله عنه اي عمن وكل فيه رواية [illegible] ما صالح عليه [illegible] الا ان يضمنه [illegible] الموكل [illegible] عليه [illegible] ضمنه [illegible] الوكالة [illegible] الضمان [illegible] اكمل الدين

ذي [illegible] سواء [illegible]

والمراد بالنص [illegible] قوله صلى الله عليه وسلم ومن اعتق شقصا له في عبد [illegible] عليه نصيب شريكه [illegible] موسرا [illegible] العبد اكمل الدين

[illegible]

صالحتك على الف هذه او على عبدي هذا صح الصلح ولزمه تسليمها لانه لما اضافه الى مال نفسه
فقد التزم تسليمه فصح الصلح وكذا لو قال على الف وسلمها لان التسليم اليه يوجب سلامة العوض
فيتم العقد لحصول مقصوده ولو قال صالحتك على الف فالعقد موقوف فان اجازه
المدعى عليه جاز ولزمه الالف وان لم يجزه بطل لان الاصل في العقد انما هو المدعى عليه
لان دفع الخصومة حاصل له الا ان الفضولي يصير اصيلا بواسطة اضافة الضمان الى
نفسه فاذا لم يضف بقي عاقدا من جهة المطلوب فيتوقف على اجازته قال رضه ووجه
آخر ان يقول صالحتك على هذه الالف او على هذا العبد ولم ينسبه الى نفسه لانه
لما عينه للتسليم صار شارطا سلامته له فيتم بقوله ولو استحق العبد او وجد به عيبا
فرده فلا سبيل له على المصالح لانه التزم الايفاء من محل بعينه ولم يلتزم شيئا
سواه فان سلم المحل له تم الصلح وان لم يسلم لم يرجع عليه بشيء بخلاف ما اذا صالح
على دراهم مسماة وضمنها ودفعها ثم استحقت او وجدها زيوفا حيث يرجع عليه
لانه جعل نفسه اصيلا في حق الضمان ولهذا يجبر على التسليم فاذا لم يسلم له ما سلمه يرجع
عليه ببدله **باب الصلح في الدين** وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة
لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه واسقط باقيه كمن له على آخر
الف درهم فصالحه على خمسمائة وكمن له على آخر الف درهم جياد فصالحه على خمسمائة
زيوف جاز وكانه ابرأه عن بعض حقه وهذا لان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما امكن
ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الربوا فجعل اسقاطا للبعض في المسئلة الاولى
وللبعض والصفة في المسئلة الثانية ولو صالح على الف مؤجلة جاز وكانه اجل نفس الحق
لانه لا يمكن جعله معاوضة لان بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز فحملناه على التاخير
ولو صالحه على دنانير الى شهر لم يجز لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فلا يمكن
حمله على التاخير ولا وجه له سوى المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير نسيئة لا يجوز
فلم يصح الصلح ولو كانت له الف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز لان المعجل خير من
المؤجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون بازاء ما حطه عنه وذلك اعتياض عن الاجل
وهو حرام وان كان له الف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز لان البيض غير
مستحقة بعقد المداينة وهي زائدة وصفا فيكون معاوضة الالف بخمسمائة سود
لانه اسقاط كله قدرا ووصفا وبخلاف ما اذا صالح على قدر الدين وهو اجود
لانه معاوضة المثل بالمثل ولا تعتبر الصفة الا انه يشترط القبض في المجلس ولو كان عليه

وان — وجل — وزيادة وصف وهو ربوا — لاكون — مستحقة

الف

الف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة او الى شهر صح الصلح لانه امكن ان يجعل
اسقاطا للدنانير كلها والدراهم الا مائة وتاجيلا للباقي فلا يجعل معاوضة تصحيحا
للعقد او لان معنى الاسقاط فيه الزم قال ومن له على آخر الف درهم فقال اد الي
غدا منها خمسمائة على انك بريء من الفضل ففعل فهو بريء فان لم يدفع اليه الخمسمائة غدا
عاد عليه الالف وهو قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يعود عليه لانه ابراء
مطلق الا ترى انه جعل اداء الخمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة والاداء
لا يصلح عوضا لكونه مستحقا عليه فجرى وجوده مجرى عدمه فبقي الابراء مطلقا فلا يعود
كما اذا بدأ بالابراء ولهما ان هذا ابراء مقيد بالشرط فيفوت بفواته لانه بدأ
باداء الخمسمائة في الغد وانه يصلح غرضا حذار افلاسه او توسلا الى تجارة اربح
منه وكلمة على ان كانت للمعاوضة فهي محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه فيحمل عليه
عند تعذر الحمل على المعاوضة تصحيحا لتصرفه او لانه متعارف والابراء مما يتقيد
بالشرط وان كان لا يتعلق به كما في الحوالة وستخرج البداية بالابراء ان شاء الله تعالى
قال وهذه المسئلة على وجوه احدها ما ذكرناه والثاني اذا قال صالحتك من الالف
على خمسمائة تدفعها الى غدا وانت بريء من الفضل على انك ان لم تدفعها غدا فالالف
عليك على حاله وجوابه ان الامر على ما قال لانه اتى بصريح التقييد فيعمل به والثالث
اذا قال ابرأتك من خمسمائة من الالف على ان تعطيني الخمسمائة غدا فالابراء فيه واقع
اعطى الخمسمائة او لم يعط لانه اطلق الابراء اولا واداء الخمسمائة لا يصلح عوضا مطلقا
ولكنه يصلح شرطا فوقع الشك في تقييده بالشرط فلا يتقيد به بخلاف ما اذا بدأ باداء
الخمسمائة لان الابراء حصل مقرونا به فمن حيث انه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث
انه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الاطلاق بالشك فافترقا والرابع اذا قال
ادّ الي خمسمائة على انك بريء من الفضل ولم يوقت للاداء وقتا وجوابه انه يصح الابراء
ولا يعود الدين لان هذا ابراء مطلق لانه لما لم يوقت للاداء وقتا لا يكون الاداء
غرضا صحيحا لانه واجب عليه في مطلق الازمان فلم يتقيد بل يحمل على المعاوضة ولا يصلح
عوضا بخلاف ما تقدم لان الاداء في الغد غرض صحيح والخامس اذا قال ان اديت الي
خمسمائة او قال اذا اديت او متى اديت فالجواب فيه انه لا يصح الابراء لانه علقه
بالشرط صريحا وتعليق البراءة بالشروط باطل لما فيها من معنى التمليك حتى يرتد
بالرد بخلاف ما تقدم لانه ما اتى بصريح الشرط فحمل على التقييد به قال ومن قال

بذكره — حمله

لا اقر لك بمالك حتى توخر عني ففعل جاز عليه لانه ليس بمكره ومعنى المسئلة اذا قال
ذلك سرا اما اذا قال علانية يؤخذ به

فصل في الدين المشترك

واذا كان الدين
بين شريكين فصالح احدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء اتبع الذي عليه
الدين بنصفه وان شاء اخذ نصف الثوب الا ان يضمن له شريكه ربع الدين واصل
هذا ان الدين المشترك بين اثنين اذا قبض احدهما شيئا منه فلصاحبه ان يشاركه في المقبوض
لانه ازداد بالقبض اذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة
راجعة الى اصل الحق فتصير كزيادة الولد والثمرة فله حق المشاركة ولكنه قبل
المشاركة باق على ملك القابض لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه
فيملكه حتى ينفذ فيه تصرفه ويضمن لشريكه حصته والدين المشترك ان يكون واجبا بسبب
متحد كثمن المبيع اذا كان صفقة واحدة وثمن المال المشترك والموروث بينهما وقيمة
المستهلك المشترك اذا عرفنا هذا نقول في مسئلة الكتاب له ان يتبع الذي عليه الاصل لان
نصيبه باق في ذمته لان القابض قبض نصيبه لكن له حق المشاركة وان شاء اخذ
نصف الثوب لان له حق المشاركة الا ان يضمن له شريكه ربع الدين لان حقه في ذلك
قال ولو استوفى احدهما نصف نصيبه من الدين كان لشريكه ان يشركه فيما قبض لما قلنا
ثم يرجعان على الغريم بالباقي لانهما لما اشتركا في المقبوض لا بد ان يبقى الباقي
على الشركة قال ولو اشترى احدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه ان يضمنه ربع الدين
لانه صار قابضا حقه بالمقاصة كملا لان مبنى البيع على المماكسة بخلاف الصلح لان مبناه
على الاغماض والحطيطة فلو الزمناه دفع ربع الدين يتضرر به فيتخير القابض كما ذكرناه
ولا سبيل للشريك على الثوب في البيع لانه ملكه بالعقد والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه
وبين الدين وللشريك ان يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا لان حقه في ذمته باق لان القابض
استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله ان لا يشاركه فلو سلم له ما قبض ثم توى
ما على الغريم فله ان يشارك القابض لانه رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم
واذا لم يسلم لم يكن راضيا به ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه
الشريك لانه قاض بنصيبه لا مقتض ولو ابراه عن نصيبه فكذلك لانه اتلاف
وليس بقبض ولو ابراه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام ولو اخر احدهما
عن نصيبه صح عند ابي يوسف اعتبارا بالابراء المطلق ولا يصح عندهما لانه يؤدي
الى قسمة الدين قبل القبض ولو غصب احدهما عينا منه او اشتراه شراء فاسدا فهلك

في يده فهو قبض والاستيجار بنصيبه قبض وكذا الاحراق عند محمد خلافا لابي يوسف
والتزوج به اتلاف في ظاهر الرواية وكذا الصلح عليه عن جناية العمد قال واذا
كان السلم بين شريكين فصالح احدهما من نصيبه على راس المال لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف يجوز الصلح اعتبارا بسائر الديون وبما اذا اشتريا عبدا فاقال
احدهما في نصيبه ولهما انه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ولو
جاز في نصيبهما لا بد من اجازة الآخر بخلاف شراء العين وهذا لان المسلم فيه
صار واجبا بالعقد والعقد قام بهما فلو ينفرد احدهما برفعه ولانه لو جاز
لشاركه في المقبوض فاذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدي الى عود
السلم بعد سقوطه قالوا هذا اذا خلطا راس المال فان لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه
الاول هو على الخلاف وعلى الوجه الثاني على الاتفاق

فصل في التخارج

واذا كانت التركة بين ورثة فاخرجوا احدهم منها بمال اعطوه اياه والتركة عقار
او عروض جاز قليلا كان ما اعطوه اياه او كثيرا لانه امكن تصحيحه بيعا وفيه اثر
عثمان رضي الله تعالى عنه فانه صالح تماضر الاشجعية امراة عبد الرحمن بن عوف
عن ربع ثمنها على ثمانين الف دينار قال وان كانت التركة فضة فاعطوه ذهبا
او كان ذهبا فاعطوه فضة فهو كذلك لانه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر
التساوي ويعتبر التقابض في المجلس لانه صرف غير ان الذي في يده بقية التركة
ان كان جاحدا يكتفي بذلك القبض لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح وان كان
مقرا لا بد من تجديد القبض لانه قبض امانة فلا ينوب عن قبض الصلح وان كانت
التركة ذهبا وفضة وغير ذلك فصالحوه على فضة او ذهب فلا بد ان يكون ما اعطوه
اكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة
احترازا عن الربوا ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة لانه صرف
في هذا القدر ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلقا لعدم الربوا ولو كان في التركة
دراهم ودنانير وبدل الصلح دراهم ودنانير ايضا جاز الصلح كيفما كان صرفا
للجنس الى خلاف الجنس كما في البيع لكن يشترط التقابض للصرف قال واذا كان
في التركة دين على الناس فادخلوه في الصلح على ان يخرجوا المصالح عنه ويكون
الدين لهم فالصلح باطل لان فيه تمليك الدين من غير من عليه الدين وهو حصة المصالح
وان شرطوا على ان يبرأ الغرماء منه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح جائز لانه

اسقاط او هو تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز وهذه حيلة الجواز واخرى ان يعجلوا
قضاء نصيبه متبرعين وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة والاوجه ان يقرضوا
المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء
ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل
لا يجوز لاحتمال الربوا وقيل يجوز لانها شبهة الشبهة وان كانت التركة غير المكيل
والموزون لكنها اعيان غير معلومة قيل لا يجوز لكونه بيعا اذ المصالح عنه عين
والجهالة فيه مانعة والاصح انه يجوز لانها لا تفضي الى المنازعة لقيام المصالح عنه في يد
البقية من الورثة وان كان على الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح ولا القسمة لان التركة
لم يتملكها الوارث وان لم يكن مستغرقا لا ينبغي ان يصالحوا ما لم يقضوا دينه فيقدم حاجة
الميت ولو فعلوا قالوا يجوز وذكر الكرخي في القسمة انها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا

كتاب المضاربة

المضاربة مشتقة من الضرب في الارض سمي بها لان
المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله وهي مشروعة للحاجة اليها فان الناس بين غني
بالمال غبي عن التصرف فيه وبين مهتد في التصرف صفر اليد عنه فمست الحاجة
الى شرع هذا النوع من التصرف لينتظم مصلحة الغبي والذكي والفقير والغني وبعث
النبي صلى الله تعالى عليه وسلم والناس يباشرونه فقررهم عليه وتعاملت به الصحابة
رضي الله تعالى عنهم ثم المدفوع الى المضارب امانة في يده لانه قبضه بامر مالكه
لا على وجه البدل والوثيقة وهو وكيل فيه لانه يتصرف فيه بامر مالكه واذا ربح فهو
شريك فيه لتملكه جزءا من المال بعمله فاذا فسدت ظهرت الاجارة حتى استوجب
العامل اجر مثله واذا خالف كان غاصبا لوجود التعدي منه على مال غيره قال
المضاربة عقد على الشركة بمال من احد الجانبين ومراده الشركة في الربح وهو
يستحق بالمال من احد الجانبين والعمل من الجانب الآخر ولا مضاربة بدونها الا ترى
ان الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط جميعه للمضارب كان قرضا
قال ولا تصح الا بالمال الذي تصح به الشركة وقد تقدم بيانه من قبل ولو دفع اليه
عرضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز لانه يقبل الاضافة من حيث انه
توكيل واجارة فلا مانع من الصحة وكذا اذا قال له اقبض ما لي على فلان واعمل به
مضاربة جاز لما قلنا بخلاف ما اذا قال له اعمل بالدين الذي في ذمتك حيث لا تصح
المضاربة لان عند ابي حنيفة لا يصح هذا التوكيل على ما مر في البيوع وعندهما يصح

لكن

لانه

المضارب على ثلث مراتب اولا يصير مودعا فاذا ابتاع ودفع صار مضاربا ووكيلا فاذا ربح صار شريكا فاذا فسدت صار اجيرا واذا تعدى صار غاصبا

لكن يقع الملك في المشترى للآمر فيصير مضاربة لان شرط ذلك يقطع الشركة بينهما
ولا بد منها كما في عقد الشركة قال فان شرط لاحدهما زيادة عشرة فله اجر مثله لفساده
فلعله لا يربح الا هذا القدر فتنقطع الشركة في الربح وهذا لانه ابتغى عن منافعه
عوضا ولم ينل لفساده والربح لرب المال لانه نماء ملكه وهذا هو الحكم في كل موضع
لم تصح المضاربة ولا تجاوز بالاجر القدر المشروط عند ابي يوسف خلافا لمحمد كما بينا
في الشركة ويجب الاجر وان لم يربح في رواية الاصل لان اجر الاجير يجب بتسليم
المنافع او العمل وقد وجد وعن ابي يوسف انه لا يجب اعتبارا بالمضاربة الصحيحة
مع انها فوقها والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتبارا بالصحيحة
ولانه عين مستاجرة في يده وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلال
مقصوده وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشرط كاشتراط
الوضيعة على المضارب قال ولا بد ان يكون المال مسلما الى المضارب ولا يد لرب المال
فيه لان المال امانة في يده فلا بد من التسليم اليه وهذا بخلاف الشركة لان المال
في المضاربة من احد الجانبين والعمل من الجانب الآخر فلا بد من ان يخلص المال للعامل
ليتمكن من التصرف فيه واما العمل في الشركة من الجانبين فلو شرط خلوص اليد
لاحدهما لم تنعقد الشركة وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد لانه يمنع خلوص يد
المضارب فلا يتمكن من التصرف فلا يتحقق المقصود سواء كان المالك عاقدا
او غير عاقد كالصغير لان يد المالك ثابتة له وبقاء يده يمنع التسليم الى المضارب وكذا
احد المتفاوضين واحد شريكي العنان اذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه
لقيام الملك له وان لم يكن عاقدا واشتراط العمل على العاقد مع المضارب وهو
غير مالك يفسده ان لم يكن من اهل المضاربة فيه كالماذون بخلاف الاب والوصي
لانهما من اهل ان ياخذا مال الصغير مضاربة بانفسهما فكذا اشتراطه عليهما بجزء
من المال قال واذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب ان يبيع ويشتري ويوكل
ويسافر ويبضع ويودع لاطلاق العقد والمقصود منه الاسترباح ولا يتحصل
الا بالتجارة فينتظم العقد صنوف التجارة وما هو من صنيع التجار والتوكيل من صنيعهم
وكذا الابضاع والايداع والمسافرة الا ترى ان المودع له ان يسافر فالمضارب
اولى كيف وان اللفظ دليل عليه لانها مشتقة من الضرب في الارض وهو السير
وعن ابي يوسف انه ليس له ان يسافر وعنه وعن ابي حنيفة انه ان دفع اليه في بلده

بالعرض قال ومن شرطها ان يكون الربح بينهما مشاعا لا يستحق احدهما دراهم مسماة من الربح

ليس له ان يسافر لانه تعريض على الهلاك من غير ضرورة وان دفع في غير بلده

المالك

الوكالة

قدر انه يسافر الى البلد لانه هو المراد فى الغالب والظاهر ما ذكر فى الكتاب قال ولا يضارب
المضارب الا ان ياذن له رب المال او يقول له اعمل برايك لان الشىء لا يتضمن مثله لتساويهما
فى القوة فلا بد من التنصيص عليه او التفويض المطلق اليه وكان كالتوكيل فان الوكيل
لا يملك ان يوكل غيره الا اذا قيل له اعمل برايك بخلاف الايداع والابضاع لانه دونه
فيتضمنه وبخلاف الاقراض حيث لا يملكه وان قيل له اعمل برايك لان المراد منه التعميم
فيما هو من صنيع التجار وليس الاقراض منه وهو تبرع كالهبة والصدقة فلا يحصل به
الغرض وهو الربح لانه لا تجوز الزيادة عليه اما الدفع مضاربة فمن صنيعهم وكذا
الشركة والخلط بمال نفسه فيدخل تحت هذا القول قال وان خص له رب المال
التصرف فى بلد بعينه او فى سلعة بعينها لم يجز له ان يتجاوزها لانه توكيل وفى التخصيص
فائدة فيتخصص وكذا ليس له ان يدفعه بضاعة الى من يخرجها من تلك البلدة لانه
لا يملك الاخراج بنفسه فلا يملك تفويضه الى غيره قال فان خرج الى غير ذلك البلد واشترى
ضمن وكان ذلك له وله ربحه لانه تصرف بغير امره وان لم يشتر حتى رده الى
الكوفة وهى التى عينها برئ عن الضمان كالمودع اذا خالف فى الوديعة ثم ترك
ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه فى يده بالعقد السابق وكذا اذا رد بعضه الى المصر — فى المصر م
واشترى ببعضه كان المردود والمشترى فى المصر على المضاربة لما قلنا ثم شرط
الشراء بها هنا وهو رواية الجامع الصغير وفى كتاب المضاربة ضمنه بنفس الاخراج
والصحيح ان بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد الى المصر الذى عينه اما الضمان
فوجوبه بنفس الاخراج وانما شرط الشراء للتقرر لا لاصل الوجوب وهذا بخلاف ما
اذا قال على ان تشترى فى سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لان المصر مع تباين اطرافه
كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا صرح بالنهى بان قال اعمل فى السوق ولا
تعمل فى غير السوق لانه صرح بالحجر والولاية اليه ومعنى التخصيص ان يقول على ان تعمل
كذا او فى مكان كذا وكذا اذا قال خذ هذا المال تعمل به فى الكوفة لانه تفسير له
او قال فاعمل به فى الكوفة لان الفاء للوصل او قال خذه بالنصف بالكوفة لان الباء للالصاق
اما اذا قال خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله ان يعمل فيها وفى غيرها
لان الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة ولو قال على ان تشترى من فلان
وتبيع منه صح التقييد لانه مفيد لزيادة الثقة به فى المعاملة بخلاف ما اذا قال
على ان تشترى بها من اهل الكوفة او دفع فى الصرف على ان تشترى من الصيارفة

وتبيع

وتبيع منهم فباع بالكوفة من غير اهلها او من غير الصيارفة جاز لان فائدة الاول
التقييد بالمكان وفائدة الثانى التقييد بالنوع هذا هو المراد عرفا لا فيما وراء ذلك
قال وكذلك ان وقت للمضاربة وقتا بعينه يبطل العقد بمضيه لانه توكيل فيتوقت
بما وقته والتوقيت مفيد فانه تقييد بالزمان فصار كالتقييد بالنوع والمكان قال
وليس للمضارب ان يشترى من يعتق على رب المال لقرابة او غيرها لان العقد وضع
لتحصيل الربح وذلك بالتصرف مرة بعد اخرى ولا يتحقق فيه لعتقه ولهذا لا يدخل
فى المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض كشراء الخمر والشراء بالميتة بخلاف البيع الفاسد
لانه يمكنه بيعه بعد قبضه فيتحقق المقصود قال ولو فعل صار مشتريا لنفسه دون
المضاربة لان الشراء متى وجد نفاذا على المشترى نفذ عليه كالوكيل بالشراء اذا
خالف قال فان كان فى المال ربح لم يجز له ان يشترى من يعتق عليه لانه يعتق عليه
نصيبه ويفسد نصيب رب المال او يعتق على الاختلاف المعروف فيمتنع التصرف فلا
يحصل المقصود وان اشتراهم ضمن مال المضاربة لانه يصير مشتريا العبد لنفسه فيضمن
بالنقد من مال المضاربة وان لم يكن فى المال ربح جاز ان يشتريهم لانه لا مانع من
التصرف اذ لا شركة له فيه ليعتق عليه فان زادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم — من جهته م
لملكه بعض قريبه ولم يضمن لرب المال شيئا لانه لا صنع له فى زيادة القيمة ولا فى
ملكه الزيادة لان هذا شىء يثبت من طريق الحكم فصار كما اذا ورثه مع غيره ويسعى
العبد فى قيمة نصيبه منه لانه احتبست ماليته عنده فيسعى فيه كما فى الوراثة قال
فان كان مع المضارب الف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها الف فوطئها
فجاءت بولد يساوى الفا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام الفا وخمسمائة والمدعى
موسر فان شاء رب المال استسعى الغلام فى الف ومائتين وخمسين وان شاء اعتق
ووجه ذلك ان الدعوة صحيحة فى الظاهر حملا على فراش النكاح لكنه لم ينفذ لفقد شرطه وهو
الملك لعدم ظهور الربح لان كل واحد منهما اعنى الام والولد مستحق براس المال
كمال المضاربة اذا صارت اعيانا كل عين منها يساوى راس المال لا يظهر الربح
كذا هنا فاذا زادت قيمة الغلام الآن ظهر الربح فنفذت الدعوة السابقة
بخلاف ما اذا اعتق الولد ثم ازدادت القيمة لان ذلك انشاء العتق فاذا بطل
لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك اما هذا اخبار فجاز ان ينفذ عند حدوث
الملك كما اذا اقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه واذا صحت الدعوة وثبت النسب عتق الولد

لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال شيئا من قيمة الولد لان عتقه بالنسب والملك
والملك آخرهما فيضاف اليه ولا صنع له فيه وهذا ضمان اعتاق فلا بد من التعدي ولم
يوجد وله ان يستسعي الغلام لانه احتبست ماليته عنده وله ان يعتق لان المستسعى كالمكاتب
عند ابي حنيفة ويستسعيه في الف ومائتين وخمسين لان الالف مستحق برأس المال والخمسمائة
ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار ثم اذا قبض رب المال الالف له ان يضمن المدعي
نصف قيمة الام لان الالف المأخوذ لما استحق برأس المال لكونه مقدما في الاستيفاء ظهر
ان الجارية كلها ربح فيكون بينهما وقد تقدمت دعوة صحيحة لاحتمال الفراش الثابت بالنكاح
وتوقف نفاذها لفقد الملك فاذا ظهر الملك نفذت تلك الدعوة وصارت الجارية ام ولد
له ويضمن نصيب رب المال لان هذا ضمان تملك وضمان التملك لا يستدعي صنعا كما
اذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة يضمن نصيب شريكه كذا هذا بخلاف
ضمان الولد على ما مر **باب المضارب يضارب** قال واذا دفع المضارب المال الى غيره
مضاربة ولم ياذن له رب المال لم يضمن بالدفع ولا بتصرف المضارب الثاني حتى يربح
فاذا ربح ضمن الاول لرب المال قال رضي الله عنه وهذا رواية الحسن عن ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد اذا عمل به ضمن ربح او لم يربح وهو ظاهر الرواية وقال زفر يضمن بالدفع عمل او
لم يعمل وهو رواية عن ابي يوسف لان المملوك له الدفع على وجه الايداع وهذا الدفع
على وجه المضاربة ولهما ان الدفع ايداع حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل
فكان الحال مراعى قبله ولابي حنيفة ان الدفع قبل العمل ايداع وبعده ابضاع والفعلان
يملكهما المضارب فلا يضمن بهما الا انه اذا ربح فقد اثبت له شركة في المال فيضمن كما
لو خلطه بغيره وهذا اذا كانت المضاربة صحيحة فان كانت فاسدة لا يضمنه الاول
وان عمل الثاني لانه اجير فيه وله اجر مثله فلا تثبت الشركة به ثم ذكر في الكتاب
يضمن الاول ولم يذكر الثاني وقيل ينبغي ان لا يضمن الثاني عند ابي حنيفة وعندهما
يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع وقيل رب المال بالخيار ان شاء ضمن
الاول وان شاء ضمن الثاني بالاجماع وهو المشهور وهذا عندهما ظاهر وكذا
عنده ووجه الفرق له بين هذه وبين مودع المودع ان المودع الثاني يقبضه
لمنفعة الاول فلا يكون ضامنا اما المضارب الثاني يعمل فيه لنفع نفسه فجاز
ان يكون ضامنا ثم ان ضمن الاول صحت المضاربة لانه ملكه بالضمان من حين
خالف بالدفع الى غيره لا على الوجه الذي رضي به فصار كما اذا دفع مال نفسه وان

وان ضمن الثاني رجع على الاول بالعقد لانه عامل له كما في المودع ولانه مغرور
من جهته في ضمن العقد وتصح المضاربة والربح بينهما على ما شرطا لان قرار الضمان
على الاول فكانه ضمنه ابتداء ويطيب الربح للثاني ولا يطيب للاعلى لان الاسفل
يستحقه بعمله ولا خبث في العمل والاعلى يستحقه بملكه المستند باداء الضمان
ولا يعرى عن نوع خبث قال واذا دفع اليه رب المال مضاربة بالنصف واذن له
بان يدفعه الى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف الثاني وربح فان كان رب المال
قال له على ان ما رزق الله فهو بيننا نصفان فلرب المال النصف وللمضارب الثاني
الثلث وللمضارب الاول السدس لان الدفع الى الثاني مضاربة قد صح لوجود الامر به
من جهة المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله فلم يبق للاول الا
النصف فينصرف تصرفه الى نصيبه وقد جعل من ذلك بقدر ثلث الجميع للثاني فيكون
له فلم يبق الا السدس ويطيب لهما ذلك لان فعل الثاني واقع للاول كمن استؤجر
على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر غيره عليه بنصف درهم وان كان قال له على ان
ما رزقك الله فهو بيننا نصفان فللمضارب الثاني الثلث والباقي بين المضارب الاول
ورب المال نصفان لانه فوض اليه التصرف وجعل لنفسه نصف ما رزق الاول
وقد رزق الثلثين فيكون بينهما بخلاف الاول لانه جعل لنفسه نصف جميع الربح فافترقا
ولو كان قال له فما ربحت من شيء فبيني وبينك نصفان وقد دفع الى غيره بالنصف
فللثاني النصف والباقي بين رب المال والاول لان الاول شرط للثاني نصف
الربح وذلك مفوض اليه من جهة رب المال فيستحقه وقد جعل رب المال لنفسه نصف ما ربح
الاول ولم يربح الا النصف فيكون بينهما ولو كان قال له على ان ما رزق الله فلي نصفه
او قال فما كان من فضل فبيني وبينك نصفان وقد دفع الى آخر مضاربة بالنصف
فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ولا شيء للمضارب الاول لانه جعل لنفسه
نصف مطلق الفضل فينصرف شرط الاول النصف للثاني الى جميع نصيبه فيكون للثاني
بالشرط ويخرج الاول بغير شيء كمن استؤجر ليخيط ثوبا بدرهم فاستأجر غيره ليخيطه
بدرهم وان شرط للمضارب الثاني ثلثي الربح فلرب المال النصف وللمضارب الثاني
النصف ويضمن المضارب الاول للثاني سدس الربح في ماله لانه شرط للثاني شيئا
هو مستحق لرب المال فلم ينفذ في حقه لما فيه من الابطال لكن التسمية في نفسها صحيحة
لكون المسمى معلوما في عقد يملكه فقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء به ولانه غره

لنقض العقد وهو سبب لرجوع فلهذا يرجع عليه وهو نظير من استوجر لخياطة ثوب
بدرهم فدفعه الى من يخيط بدرهم **فصل** واذا شرط المضارب لرب المال ثلث
الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على ان يعمل العبد معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز
لان للعبد يدا معتبرة خصوصا اذا كان ماذونا له في التجارة واشتراط العمل اذن
له ولهذا لا يكون للمولى اخذه او دعه العبد وان كان محجورا عليه ولهذا يجوز
بيع المولى من عبده الماذون واذا كان كذلك لم يكن مانعا من التسليم والتخلية بين
المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال لانه يمنع من التسليم على ما مر
واذا صحت المضاربة يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى لان كسب
العبد للمولى اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فهو للغرماء. هذا اذا كان العاقد
هو المولى. ولو عقد العبد الماذون عقد المضاربة مع اجنبي وشرط العمل على المولى
لا يصح ان لم يكن عليه دين لان هذا اشتراط العمل على المالك وان كان على العبد
دين صح عند ابي حنيفة لان المولى بمنزلة الاجنبي عنده على ما عرف. والله اعلم.

فصل في العزل والقسمة

قال واذا مات رب المال او المضارب بطلت المضاربة
لانه توكيل على ما تقدم وموت الموكل يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل ولا تورث
الوكالة وقد مر من قبل. وان ارتد رب المال عن الاسلام والعياذ بالله ولحق
بدار الحرب بطلت المضاربة لان اللحوق بمنزلة الموت الا يرى انه يقسم امواله بين
ورثته وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند ابي حنيفة لانه يتصرف له فصار
كتصرفه بنفسه ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها لان له عبارة
صحيحة ولا توقف في ملك رب المال فبقيت المضاربة. قال فان عزل رب المال المضارب
ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع فتصرفه جائز لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل
قصدا يتوقف على علمه وان علم بعزله والمال عروض فله ان يبيعها ولا يمنعه العزل
من ذلك لان حقه قد ثبت في الربح وانما يظهر بالقسمة وهي تبتنى على رأس المال
وانما ينض بالبيع. قال ثم لا يجوز ان يشتري بثمنها شيئا آخر لان العزل انما لم يعمل
ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار نقدا فيعمل العزل. فان عزله
ورأس المال دراهم او دنانير قد نضت لم يجز له ان يتصرف فيها لانه ليس في اعمال
العزل ابطال حقه في الربح فلا ضرورة. قال رضي الله عنه وهذا الذي ذكره اذا كان من جنس
رأس المال فان لم يكن بان كان دراهم ورأس المال دنانير او على القلب له ان

يبيعها بجنس رأس المال استحسانا لان الربح لا يظهر الا به وصار كالعروض وعلى
موت رب المال في بيع العروض ونحوها. قال واذا افترقا وفي المال ديون وقد
ربح المضارب فيه اجبره الحاكم على اقتضاء الديون لانه بمنزلة الاجير لان الربح كالاجر
له وان لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء لانه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على ايفاء
ما تبرع به ويقال له وكل رب المال في الاقتضاء لان حقوق العقد ترجع
الى العاقد فلا بد من توكيله وتوكله كيلا يضيع حقه. قال في الجامع الصغير يقال
له احل مكان قوله وكل والمراد منه الوكالة وعلى هذا سائر الوكالات والبياع
والسمسار يجبران على التقاضي لانهما يعملان باجر عادة. قال وما هلك من مال
المضاربة فهو من الربح دون رأس المال لان الربح تابع وصرف الهلاك الى
ما هو التبع اولى كما يصرف الهلاك الى العفو في الزكاة. فان زاد الهالك على الربح
فلا ضمان على المضارب لانه امين. وان كانا يقتسمان الربح والمضاربة بحالها
ثم هلك المال بعضه او كله ترادا الربح حتى يستوفي رب المال رأس المال لان قسمة
الربح لا تصح قبل استيفاء رأس المال لانه هو الاصل وهذا بناء عليه وتبع له
فاذا هلك ما في يد المضارب امانة تبين ان ما استوفياه من رأس المال فيضمن المضارب
ما استوفاه لانه اخذه لنفسه وما اخذه رب المال محسوب من رأس ماله. واذا
استوفى رأس المال فان فضل شيء كان بينهما لانه ربح وان نقص فلا ضمان على المضارب
لما بينا. ولو قسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها فهلك المال لم يترادا
الربح الاول لان المضاربة الاولى قد انتهت والثانية عقد جديد فهلاك
المال في الثاني لا يوجب انتقاض الاول كما اذا دفع اليه مالا آخر. والله تعالى اعلم.

فصل فيما يفعله المضارب

قال ويجوز للمضارب ان يبيع بالنقد والنسيئة
لان كل ذلك من صنيع التجار فينتظمه اطلاق العقد الا اذا باع الى اجل لا يبيع التجار
اليه لان له الامر العام المعروف بين الناس ولهذا كان له ان يشتري دابة للركوب
وليس له ان يشتري سفينة للركوب وله ان يستكريها اعتبارا لعادة التجار
وله ان ياذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة لانه من صنيع التجار ولو
باع بالنقد ثم اخر الثمن جاز بالاجماع اما عندهما فلان الوكيل يملك ذلك
فالمضارب اولى الا ان المضارب لا يضمن لان له ان يقايل ثم يبيع نسيئة ولا
كذلك الوكيل لانه لا يملك ذلك واما عند ابي يوسف فلانه يملك الاقالة ثم البيع

ونحوها كالموت بعد الردة في بيع العروض م

بالقضاء بخلاف الوكيل لانه لا يملك الاقالة ولو احتال بالثمن على الايسر او على الاعسر
جاز لان الحوالة من عادة التجار بخلاف الوصي يحتال بمال اليتيم حيث يعتبر فيه الانظر
لان تصرفه مقيد بشرط النظر والاصل ان ما يفعله المضارب ثلثة انواع • نوع
يملكه بمطلق المضاربة وهو ما يكون من باب المضاربة وتوابعها وهو ما ذكرنا
ومن جملته التوكيل بالبيع والشراء للحاجة اليه والرهن والارتهان لانه ايفاء
واستيفاء والاجارة والاستيجار والايداع والابضاع والمسافرة على ما ذكرنا
من قبل • ونوع لا يملكه بمطلق العقد ويملكه اذا قيل له اعمل برايك وهو ما يحتمل
ان يلحق به فيلحق عند وجود الدلالة وذلك مثل دفع المال مضاربة او شركة
الى غيره وخلط مال المضاربة بماله او بمال غيره لان رب المال رضي بشركته لا بشركة
غيره وهو امر عارض لا يتوقف عليه التجارة فلا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه جهة
في التثمير من هذا الوجه فيوافقه فيدخل فيه عند وجود الدلالة وقوله اعمل برايك
دلالة على ذلك • ونوع لا يملكه الا ان ينص رب المال عليه وهو الاستدانة وهو ان
يشتري بالدراهم والدنانير بعد ما اشترى براس المال السلعة وما اشبه ذلك لانه يصير
المال زائدا على ما انعقد عليه المضاربة ولا يرضى به ولا يشغل ذمته بالدين ولو اذن
له رب المال في الاستدانة صار المشترى بينهما نصفين بمنزلة شركة الوجوه واخذ
السفاتج لانه نوع من الاستدانة وكذا اعطاؤها لانه اقراض والعتق بمال وبغير
مال والكتابة لانه ليس بتجارة والاقراض والهبة والصدقة لانه تبرع محض • قال
ولا يزوج عبدا ولا امة من مال المضاربة وعن ابي يوسف انه يزوج الامة لانه
من باب الاكتساب الا ترى انه يستفيد به المهر وسقوط النفقة ولهما انه ليس بتجارة
والعقد لا يتضمن الا التوكيل بالتجارة وصار كالكتابة والاعتاق على مال فانه
اكتساب ولكن لما لم يكن تجارة لا يدخل تحت المضاربة كذا هذا • قال فان دفع شيئا
من مال المضاربة الى رب المال بضاعة فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة
وقال زفر تفسد المضاربة لان رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه
فيصير مستردا ولهذا لا يصح اذا شرط العمل عليه ابتداء ولنا ان التخلية قد تمت و
صار التصرف فيه حقا للمضارب فيصلح رب المال وكيلا عنه في التصرف والابضاع
توكيل منه فلا يكون استردادا بخلاف شرط العمل عليه في الابتداء لانه يمنع التخلية
وبخلاف ما اذا دفع المال الى رب المال مضاربة حيث لا يصح لان المضاربة تنعقد

شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال هنا فلو جوزناه يؤدي الى قلب الموضوع
واذا لم يصح بقي عمل رب المال بامر المضارب فلا يبطل به المضاربة الاولى • قال
واذا عمل المضارب في المصر فليست نفقته في المال وان سافر فطعامه وشرابه و
كسوته وركوبه ومعناه شراء او كراء في المال ووجه الفرق ان النفقة تجب بازاء
الاحتباس كنفقة القاضي ونفقة المراة والمضارب في المصر ساكن بالسكنى الاصلية
واذا سافر صار محبوسا بالمضاربة فيستحق النفقة فيه وهذا بخلاف الاجير لانه يستحق
البدل لا محالة فلا يتضرر بالانفاق من ماله اما المضارب فليس له الا الربح وهو في
حيز التردد فلو انفق من ماله يتضرر به وبخلاف المضاربة الفاسدة لانه اجير وبخلاف
البضاعة لانه متبرع • قال فلو بقي شيء في يده بعد ما قدم مصره رده في المضاربة
لانتهاء الاستحقاق ولو كان خروجه دون السفر ان كان بحيث يغدو ثم يروح
فيبيت باهله فهو بمنزلة السوقي في المصر وان كان بحيث لا يبيت فنفقته في مال
المضاربة لان خروجه للمضاربة والنفقة هي ما يصرف الى الحاجة الراتبة وهو ما ذكرنا
ومن غسل ثيابه واجرة اجير يخدمه وعلف دابة يركبها والدهن في موضع يحتاج اليه
كالحجاز • وانما يطلق في جميع ذلك بالمعروف حتى يضمن الفضل ان جاوزه اعتبارا
للمتعارف فيما بين التجار • قال واما الدواء ففي ماله في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة
انه يدخل في النفقة لانه لاصلاح بدنه ولا يتمكن من التجارة الا به فصار كالنفقة • وجه
الظاهر ان الحاجة الى النفقة معلوم الوقوع والى الدواء بعارض المرض ولهذا كانت
نفقة المراة على الزوج ودواؤها في مالها • قال واذا ربح اخذ رب المال ما انفق من راس
المال فان باع المتاع مرابحة حسب ما انفق على المتاع من الحملان ونحوه ولا يحتسب
ما انفق على نفسه لان العرف جار بالحاق الاول دون الثاني ولان الاول يوجب
زيادة في المالية بزيادة القيمة والثاني لا يوجبها • قال فان كان معه الف فاشترى
بها ثيابا فقصرها او حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برايك فهو متطوع لانه استدانة
على رب المال فلا ينتظمه هذا المقال على ما مر وان صبغها احمر فهو شريك بما زاد الصبغ
فيه لانه عين مال قائم به حتى اذا بيع كان له حصة الصبغ وحصة الثوب الابيض على
المضاربة بخلاف القصارة والحمل لانه ليس بعين مال قائم به ولهذا اذا فعله الغاصب
ضاع ولا يضيع اذا صبغ المغصوب واذا صار شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل برايك
انتظامه الخلط فلا يضمنه

فصل آخر

فان كان معه الف بالنصف فاشترى

ثم اشترى بالالفين عبدا فلم ينقدهما حتى ضاعا يغرم رب المال
الفا وخمسمائة والمضارب خمسمائة ويكون ربع العبد للمضارب وثلثة ارباعه على المضاربة
قال رضي الله عنه هذا الذي ذكره حاصل الجواب لان الثمن كله على المضارب اذ هو العاقد
الا ان له حق الرجوع على رب المال بالف وخمسمائة على ما نبين فيكون عليه في الآخرة ذلك
ووجهه انه لما نض المال ظهر الربح وهو خمسمائة فاذا اشترى بالالفين عبدا صار
مشتريا ربعه لنفسه وثلثة ارباعه للمضاربة على حسب انقسام الالفين واذا ضاع الالفان
وجب عليه الثمن لما بيناه وله الرجوع بثلثة ارباع الثمن على رب المال لانه وكيل من جهته
فيه ويخرج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة لانه مضمون عليه ومال المضاربة
امانة وبينهما منافاة ويبقى ثلثة ارباع العبد على المضاربة لانه ليس فيه ما ينافي المضاربة
ويكون رأس المال الفين وخمسمائة لانه دفع مرة الفا ومرة الفا وخمسمائة ولا
يبيعه مرابحة الا على الفين لانه اشتراه بالفين ويظهر ذلك فيما اذا بيع العبد باربعة الاف
ففي حصة المضاربة ثلثة الاف يرفع رأس المال ويبقى خمسمائة ربح بينهما قال فان كان معه
الف فاشترى رب المال عبدا بخمسمائة وباعه اياه بالف يبيعه مرابحة على خمسمائة لان هذا
البيع مقضي بجوازه لتغاير المقاصد دفعا للحاجة وان كان بيع ملكه بملكه الا ان فيه
شبهة العدم ومبنى المرابحة على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر اقل الثمنين
ولو اشترى المضارب عبدا بالف وباعه من رب المال بالف ومائتين باعه مرابحة بالف
ومائة لانه اعتبر عدما في حق نصف الربح وهو نصيب رب المال وقد مر في البيوع قال
وان كان معه الف بالنصف فاشترى بها عبدا قيمته الفان فقتل العبد رجلا خطأ
فثلثة ارباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر
بقدر الملك وقد كان الملك بينهما ارباعا لانه لما صار المال عينا واحدا ظهر الربح
وهو الف بينهما والف لرب المال برأس ماله لان قيمته الفان واذا فديا خرج العبد عن
المضاربة اما نصيب المضارب فلما بيناه ونصيب رب المال لقضاء القاضي بانقسام الفداء
عليهما لما انه يتضمن قسمة العبد بينهما والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم لان جميع
الثمن فيه على المضارب وان كان له الرجوع فلا حاجة الى القسمة ولان العبد كالزائل
عن ملكهما بالجناية ودفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما ارباعا لا على
المضاربة يخدم المضارب يوما ورب المال ثلثة ايام بخلاف ما تقدم قال فان كان
معه الف فاشترى بها عبدا فلم ينقدها حتى هلكت يدفع رب المال ذلك الثمن ورأس المال

جميع ما يدفع لان المال امانة في يده والاستيفاء انما يكون بقبض مضمون وحكم الامانة
ينافيه فيرجع مرة بعد اخرى بخلاف الوكيل بالشراء اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل
الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع الا مرة لانه امكن جعله مستوفيا لان الوكالة
تجامعها الضمان كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب ثم في الوكالة في هذه الصورة يرجع
مرة وفيما اذا اشترى ثم دفع الموكل اليه المال فهلك بعده لا يرجع لانه ثبت له حق الرجوع
بنفس الشراء فجعل مستوفيا بالقبض بعده اما المدفوع اليه قبل الشراء امانة في يده
وهو قائم على الامانة بعده فلم يصر مستوفيا فاذا هلك يرجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع
الاستيفاء على ما مر

فصل في الاختلاف

قال فان كان مع المضارب الفان
فقال دفعت الي الفا وربحت الفا وقال رب المال لا بل دفعت اليك الفين فالقول
قول المضارب وكان ابو حنيفة يقول اولا القول قول رب المال وهو قول زفر
لان المضارب يدعي عليه الشركة في الربح وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع الى
ما ذكر في الكتاب لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض وفي مثله القول
قول القابض ضمينا كان او امينا لانه اعرف بمقدار المقبوض ولو اختلفا مع ذلك
في مقدار الربح فالقول فيه لرب المال لان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته
وايهما اقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت لان البينات للاثبات ومن كان معه
الف درهم فقال هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربح الفا وقال فلان هي بضاعة
فالقول قول رب المال لان المضارب يدعي عليه تقوم عمله او شرطا من جهته او يدعي
الشركة في الربح وهو ينكر ولو قال المضارب اقرضتني وقال رب المال هي بضاعة
او وديعة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب لان المضارب يدعي عليه التملك
وهو ينكر ولو ادعى رب المال المضاربة في نوع وقال الآخر ما سميت لي تجارة بعينها
فالقول قول المضارب لان الاصل فيه العموم والاطلاق والتخصيص يعارض الشرط
بخلاف الوكالة لان الاصل فيها الخصوص ولو ادعى كل واحد منهما نوعا فالقول
لرب المال لانهما اتفقا على التخصيص والاذن يستفاد من جهته والبينة بينة
المضارب لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة ولو وقتت البينتان
وقتا فصاحب الوقت الاخير اولى لان آخر الشرطين ينقض الاول والله اعلم

كتاب الوديعة

قال الوديعة امانة في يد المودع اذا هلكت
لم يضمنها لقوله عليه السلام ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير

المعتبر ضمان ولأن بالناس حاجة إلى الاستيداع فلو ضمناه يمتنع الناس عن قبول الودائع
فيتعطل مصالحهم ولأنه محسن بإعانته في الحفظ وما على المحسنين من سبيل قال وللمودع
أن يحفظها بنفسه وبمن في عياله لأن الظاهر أنه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي
يحفظ مال نفسه ولأنه لا يجد بدا من الدفع إلى عياله لأنه لا يمكنه ملازمة بيته ولا
استصحاب الوديعة في خروجه فكان المالك راضيا به فإن حفظها بغيرهم أو أودعها
غيرهم ضمن لأن المالك رضي بيده لا بيد غيره والأيدي تختلف في الأمانة ولأن
الشيء لا يتضمن مثله كالوكيل لا يوكل غيره والوضع في حرز غيره إيداع إلا إذا استأجر
الحرز فيكون حافظا بحرز نفسه قال إلا أن تقع في داره حريق فيسلمها إلى جاره
أو يكون في سفينة فخاف الغرق فيلقيها إلى سفينة أخرى لأنه تعين طريقا للحفظ
في هذه الحالة فيرتضيه المالك ولا يصدق على ذلك إلا ببينة لأنه يدعي ضرورة مسقطة
للضمان بعد تحقق السبب فصار كما إذا ادعى الإذن في الإيداع قال فإن طلبها صاحبها
فحبسها وهو يقدر على تسليمها ضمنها لأنه متعد بالمنع وهذا لأنه لما طالبه لم يكن راضيا
بإمساكه بعده فيضمنه بحبسه عنه قال فإن خلطها المودع بماله حتى لا تتميز ضمنها
ثم لا سبيل للمودع عليها عند أبي حنيفة وقالا إذا خلطها بجنسها شركه إن شاء
مثل أن يخلط الدراهم البيض بالبيض والسود بالسود والحنطة بالحنطة والشعير
بالشعير لهما أنه لا يمكنه الوصول إلى عين حقه صورة وأمكنه معنى بالقسمة فكان استهلاكا
من وجه دون وجه فيميل إلى أيهما شاء وله أنه استهلاك من كل وجه لأنه فعل
يتعذر معه الوصول إلى عين حقه ولا معتبر بالقسمة لأنها من موجبات الشركة
فلا تصلح موجبة لها ولو أبرأ الخالط لا سبيل له على المخلوط عند أبي حنيفة لأنه لا حق
له إلا في الدين وقد سقط وعندهما بالإبراء يسقط خيار الضمان فيتعين الشركة
في المخلوط وخلط الخل بالزيت وكل مائع بغير جنسه يوجب انقطاع حق المالك
إلى الضمان وهذا بالإجماع لأنه استهلاك صورة وكذا معنى لتعذر القسمة
باعتبار اختلاف الجنس ومن هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير في الصحيح لأن أحدهما
لا يخلو عن حبات الآخر فتتعذر التمييز والقسمة ولو خلط المائع بجنسه فعند أبي حنيفة
ينقطع حق المالك إلى الضمان لما ذكرنا وعند أبي يوسف يجعل الأقل تابعا للأكثر
اعتبارا للغالب أجزاء وعند محمد شركه بكل حال لأن الجنس لا يغلب الجنس عنده على ما مر
في الرضاع ونظيره خلط الدراهم بمثلها إذابة لأنه يصير مائعا بالإذابة قال

الحبر بالسهمة دون السيم ١٢

قال وإن اختلطت بماله من غير فعله فهو شريك لصاحبها كما إذا انشق الكيسان
فاختلطا لأنه لا يضمنها لعدم الصنع منه فيشتركان وهذا بالاتفاق قال فإن
أنفق المودع بعضها ثم رد مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع لأنه خلط مال غيره
بماله فيكون استهلاكا على الوجه الذي تقدم قال وإذا تعدى المودع
في الوديعة بأن كانت دابة فركبها أو ثوبا فلبسه أو عبدا فاستخدمه أو
أودعها غيره ثم أزال التعدي فردها إلى يده زال الضمان وقال الشافعي
لا يبرأ عن الضمان لأن عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا للمنافاة
فلا يبرأ إلا بالرد على المالك ولنا أن الأمر باق لإطلاقه وارتفاع حكم
العقد ضرورة ثبوت نقيضه فإذا ارتفع عاد حكم العقد كما إذا استأجره
للحفظ شهرا فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي فحصل الرد إلى نائب
المالك قال فإن طلبها صاحبها فجحدها ضمنها لأن الجحود تملك منه ألا ترى
أن الشرع جعل القول قوله وتملك مال الغير لا يكون إلا بالضمان ولأنه لما
طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ فبعد ذلك هو بالإمساك غاصب مانع فيضمنها
فإن عاد إلى الاعتراف لم يبرأ عن الضمان لارتفاع العقد إذ المطالبة بالرد
رفع من جهته والجحود فسخ من جهة المودع كجحود الوكيل الوكالة وجحود أحد
المتعاقدين البيع فتم الرفع أو لأن المودع ينفرد بعزل نفسه بحضرة المستودع
كالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة الموكل وإذا ارتفع لا يعود إلا بالتجديد فلم يوجد
الرد إلى نائب المالك بخلاف الخلاف ثم العود إلى الوفاق ولو جحدها عند غير
صاحبها لا يضمنها عند أبي يوسف خلافا لزفر لأن الجحود عند غيره من باب الحفظ
لأن فيه قطع طمع الطامعين ولأنه لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه أو طلبه
فبقي الأمر بخلاف ما إذا كان بحضرته قال وللمودع أن يسافر بالوديعة وإن
كان لها حمل ومؤنة عند أبي حنيفة وقالا ليس له ذلك إذا كان لها حمل ومؤنة
وقال الشافعي ليس له ذلك في الوجهين لأبي حنيفة إطلاق الأمر والمفازة
محل للحفظ إذا كان الطريق آمنا ولهذا يملكه الأب والوصي في مال الصبي ولهما
أنه تلزمه مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة والظاهر أنه لا يرضى به فيتقيد وللشافعي أنه
يتقيد بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الأمصار وصار كالاستحفاظ
بأجر قلنا مؤنة الرد تلزمه في ملكه ضرورة امتثال الأمر فلا يبالي به والمعتاد

كونهم في المصر لحفظهم ومن يكون في المفازة يحفظ ما فيها بخلاف الحفظ
بالاجر لانه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد واذا نهاه المودع
ان يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن لان التقييد مفيد اذ الحفظ في المصر ابلغ
فكان صحيحا قال واذا اودع رجلان عند رجل وديعة فحضر احدهما يطلب
نصيبه لم يدفع اليه حتى يحضر الآخر عند ابي حنيفة وقالا يدفع اليه نصيبه وفي
الجامع الصغير ثلثة استودعوا رجلا الفا فغاب اثنان فليس للحاضر ان ياخذ
نصيبه عنده وقالا له ذلك والخلاف في المكيل والموزون وهو المراد بما ذكر
في المختصر لهما انه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع اليه كما في الدين المشترك وهذا
لانه يطالبه بتسليم ما سلم اليه وهو النصف ولهذا كان له ان ياخذه فكذا يؤمر هو بالدفع
اليه ولابي حنيفة انه طالبه بدفع نصيب الغائب لانه يطالبه بالمفرز وحقه في
المشاع والمفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه الا بالقسمة وليس للمودع
ولاية القسمة ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه
بتسليم حقه لان الديون تقضى بامثالها قوله له ان ياخذه قلنا ليس من ضرورته
ان يجبر المودع على الدفع كما اذا كان لرجل الف درهم وديعة عند انسان وعليه الف
لغيره فلغريمه ان ياخذه اذا ظفر به وليس للمودع ان يدفعه اليه قال وان اودع رجل
عند رجلين شيئا مما يقسم لم يجز ان يدفعه احدهما الى الآخر ولكنهما يقتسمانه فيحفظ
كل واحد منهما نصفه وان كان مما لا يقسم جاز ان يحفظه احدهما باذن الآخر
وهذا عند ابي حنيفة وكذلك الجواب في المرتهنين والوكيلين بالشراء اذا سلم احدهما
الى الآخر وقالا لاحدهما ان يحفظ باذن الآخر في الوجهين لهما انه رضي بامانتهما
فكان لكل واحد منهما ان يسلم الى الآخر ولا يضمنه كما فيما لا يقسم وله انه رضي بحفظهما
ولم يرض بحفظ احدهما كله لان الفعل متى اضيف الى ما يقبل الوصف بالتجزي تناول
البعض دون الكل فوقع التسليم الى الآخر من غير رضا المالك فيضمن الدافع ولا يضمن
القابض لان مودع المودع عنده لا يضمن وهذا بخلاف ما لا يقسم لانه لما اودعهما
ولا يمكنهما الاجتماع عليه اناء الليل والنهار وامكنهما المهايأة كان المالك راضيا
بدفع الكل الى احدهما في بعض الاحوال قال واذا قال صاحب الوديعة للمودع لا
تسلمها الى زوجتك فسلمها اليها لا يضمن وفي الجامع الصغير اذا نهاه المودع ان
يدفعها الى احد من عياله فدفعها الى من لا بد له منه لم يضمن كما اذا كانت الوديعة

دابة

دابة فنهاه عن الدفع الى غلامه وكما اذا كانت شيئا يحفظ على يد النساء فنهاه عن
الدفع الى امرأته وهو محمل الاول لانه لا يمكن اقامة العمل مع مراعاة هذا الشرط
وان كان مفيدا فيلغو وان كان له منه بد ضمن لان الشرط مفيد لان من العيال
من لا يؤتمن على المال وقد امكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط فاعتبر وان قال
احفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن لان الشرط غير مفيد
فان البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز وان حفظها في دار اخرى
ضمن لان الدارين يتفاوتان في الحرز فكان مفيدا فيصح التقييد ولو كان التفاوت
بين البيتين ظاهرا بان كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة والبيت الذي نهاه
عن الحفظ فيه عورة ظاهرة صح الشرط قال ومن اودع رجلا وديعة فاودعها
آخر فهلكت فله ان يضمن الاول وليس له ان يضمن الآخر وهذا عند ابي حنيفة
وقالا له ان يضمن ايهما شاء فان ضمن الآخر رجع على الاول وان ضمن الاول لم يرجع
على الآخر لهما انه قبض المال من يد ضمين فيضمنه كمودع الغاصب وهذا لان المالك
لم يرض بامانة غيره فيكون الاول متعديا بالتسليم والثاني بالقبض فيخير بينهما
غير انه ان ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه ملكه بالضمان فظهر انه اودع ملك نفسه
وان ضمن الثاني رجع على الاول لانه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة وله انه
قبض المال من يد امين لانه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رايه فلا تعدي
منهما فاذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك واما الثاني فمستمر على
الحالة الاولى ولم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالريح اذا القت في حجره ثوب غيره
قال ومن كان في يده الف فادعاها رجلان كل واحد منهما انها له اودعها اياه
وابى ان يحلف لهما فالالف بينهما وعليه الف اخرى بينهما وشرح ذلك ان دعوى
كل واحد صحيحة لاحتمالها الصدق فيستحق الحلف على المنكر بالحديث ويحلف لكل
واحد منهما على الانفراد لتغاير الحقين وبايهما بدأ القاضي جاز لتعذر الجمع بينهما
وعدم الاولوية ولو تشاحا اقرع بينهما تطييبا لقلبهما ونفيا لتهمة الميل
ثم ان حلف لاحدهما يحلف للثاني فان حلف فلا شيء لهما لعدم الحجة وان نكل
اعطى للثاني بنكوله لوجود الحجة وان نكل للاول يحلف للثاني ولا يقضي بالنكول
بخلاف ما اذا اقر لاحدهما لان الاقرار حجة موجبة بنفسه فيقضي به اما النكول
انما يصير حجة عند القضاء فجاز ان يؤخر ليحلف للثاني فينكشف وجه القضاء

ولو نكل للثاني ايضا يقضي بينهما نصفين على ما ذكرنا لاستوائهما في الحجة
كما اذا اقاما البينة ويغرم القيمة للآخر بينهما لانه اوجب الحق لكل واحد منهما
بدله او باقراره وذلك حجة في حقه وبالصرف اليهما صار قاضيا نصف حق كل
واحد بنصف الآخر فيغرمه فلو قضى القاضي للاول حين نكل ذكر الامام علي البزدوي
في شرح الجامع انه يحلف للثاني فاذا نكل يقضي بينهما لان القضاء للاول لا يبطل
حق الثاني لانه يتقدمه اما بنفسه او بالقرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثاني وذكر
الخصاف انه نفذ قضاؤه للاول ووضع المسئلة في العبد وانما نفذ لمصادفته محل
الاجتهاد لان من العلماء من قال يقضي للاول ولا ينتظر لكونه اقرارا دلالة ثم
لا يحلف للثاني ما هذا العبد لي لانه لو اقر لا يفيد بعدما صار للاول ولكن يحلفه بالله
ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا اقل منه قال [illegible] يحلف
عند محمد خلافا لابي يوسف بناء على ان المودع اذا اقر بالوديعة ودفع بالقضاء
الى غيره يضمنه عند محمد خلافا له وهذه من نوع تلك المسئلة وقد وقع فيه الوجوب

كتاب العارية

قال العارية جائزة لانه نوع احسان وقد استعار
النبي عليه الصلاة والسلام دروعا من صفوان وهي تمليك المنافع بغير عوض وكان
الكرخي يقول هي اباحة الانتفاع بملك الغير لانه تنعقد بلفظ الاباحة ولا يشترط
فيه ضرب المدة ومع الجهالة لا يصح التمليك وكذلك يعمل فيه النهي ولا يملك الاجارة
من غيره ونحن نقول انه ينبئ عن التمليك فان العارية من العرية وهي العطية ولهذا
تنعقد بلفظ التمليك والمنافع قابلة للملك كالاعيان والتمليك نوعان بعوض وبغير
عوض ثم الاعيان تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع بينهما دفع الحاجة ولفظة
الاباحة استعيرت للتمليك كما في الاجارة فانها تنعقد بلفظ الاباحة وهي تمليك
والجهالة لا تفضي الى المنازعة لعدم اللزوم فلا يكون ضائرة ولان الملك انما يثبت
بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة والنهي منع عن التحصيل فلا يتحصل المنافع
على ملكه ولا يملك الاجارة لدفع زيادة الضرر على ما نذكره ان شاء الله تعالى قال
وتصح بقوله اعرتك لانه صريح فيه واطعمتك هذه الارض لانه مستعمل فيه ومنحتك هذا
الثوب وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به الهبة لانهما لتمليك العين وعند عدم
ارادة الهبة تحمل على تمليك المنافع تجوزا قال واخدمتك هذا العبد لانه اذن له في
استخدامه وداري لك سكنى لان معناه سكناها لك وداري لك عمرى سكنى لانه جعل سكناها

له من

له من عمري وجعل قوله سكنى تفسيرا لقوله لك لانه يحتمل تمليك المنافع فحمل عليه بدلالة آخره
قال وللمعير ان يرجع في العارية متى شاء لقوله عليه السلام المنحة مردودة والعارية
مؤداة ولان المنافع تملك شيئا فشيئا على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد لم
يتصل به القبض فصح الرجوع عنه قال والعارية امانة ان هلكت من غير تعد لم يضمن
وقال الشافعي يضمنه لانه قبض مال الغير لنفسه لا عن استحقاق فيضمنه والاذن ثبت ضرورة
الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء
ولنا ان اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض او لاباحتها
والقبض لم يقع تعديا لكونه ماذونا فيه والاذن وان ثبت لاجل الانتفاع فهو ما
قبضه الا للانتفاع فلم يقع تعديا وانما وجب الرد مؤنة كنفقة المستعار فانها
على المستعير لا لنقض القبض والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد لان الاخذ
في العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه قال وليس للمستعير ان يواجر ما استعاره فان آجره
فعطب ضمن لان الاعارة دون الاجارة والشيء لا يتضمن ما هو فوقه ولانا لو صححناه
لا يصح الا لازما لانه يكون بتسليط من المعير وفي وقوعه لازما زيادة ضرر بالمعير
لسد باب الاسترداد الى انقضاء مدة الاجارة فابطلناه وضمنه حين سلمه لانه اذا لم
يتناوله العارية كان غصبا وان شاء المعير ضمن المستاجر لانه قبضه بغير اذن المالك
لنفسه ثم ان ضمن المستعير لا يرجع على المستاجر لانه ظهر انه آجر ملك نفسه ويتصدق
بالاجر وان ضمن المستاجر يرجع على المواجر اذا لم يعلم انه كان عارية في يده دفعا
لضرر الغرور بخلاف ما اذا علم قال وله ان يعير اذا كان لا يختلف باختلاف
المستعمل وقال الشافعي ليس له ان يعير لانه اباحة المنافع على ما بيناه من قبل والمباح
له لا يملك الاباحة وهذا لان المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة وانما جعلناها
موجودة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت بالاباحة ههنا ونحن نقول هو تمليك
المنافع على ما ذكرنا فيملك الاعارة كالموصى له بالخدمة والمنافع اعتبرت قابلة
للملك في الاجارة فتجعل كذلك في الاعارة دفعا للحاجة وانما لا يجوز فيما يختلف
باختلاف المستعمل دفعا لمزيد الضرر عن المعير لانه رضي باستعماله لا باستعمال غيره
قال رضه وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة وهو على اربعة اوجه احدها ان تكون
مطلقة في الوقت والانتفاع فللمستعير فيه ان ينتفع به اي نوع شاء في اي وقت
شاء عملا بالاطلاق والثاني ان تكون مقيدة فيهما فليس له ان يجاوز فيه ما سماه

ولو بعد مضي الوقت ضمن عملا بالتقييد الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك
او خير منه والحنطة مثل الحنطة والثالث ان يكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق
الانتفاع والرابع عكسه وليس له ان يتعدى ما سماه فلو استعار دابة ولم يسم شيئا له
ان يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله ان يركب ويركب غيره وان كان
الركوب مختلفا لانه لما اطلق فله ان يعين حتى لو ركب بنفسه ليس له ان يركب غيره لانه
تعين ركوبه ولو اركب غيره ليس له ان يركبه حتى لو فعله ضمنه لانه تعين الاركاب
قال وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض لان الاعارة تمليك
المنافع ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها فاقتضى تمليك العين ضرورة
وذلك بالهبة او بالقرض والقرض ادناهما فيثبت او لان من قضية الاعارة الانتفاع
ورد العين فاقيم رد المثل مقامه قالوا هذا اذا اطلق الاعارة اما اذا عين
الجهة بان استعار دراهم ليعاير بها ميزانا او يزين بها دكانا لم يكن قرضا ولم يكن له
الا المنفعة المسماة وصار كما اذا استعار آنية يتجمل بها او سيفا محلى يتقلد به
قال وان استعار ارضا ليبني فيها او ليغرس فيها جاز وللمعير ان يرجع فيها ويكلفه
قلع البناء والغرس اما الرجوع فلما بينا واما الجواز فلانها منفعة معلومة تملك بالاجارة
فكذا بالاعارة واذا صح الرجوع بقي المستعير شاغلا ارض المعير فيكلف تفريغها
ثم ان لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور حيث اعتمد
اطلاق العقد من غير ان يسبق منه الوعد وان كان وقت العارية ورجع قبل
الوقت صح رجوعه لما ذكرنا ولكنه يكره لما فيه من خلف الوعد وضمن المعير ما
نقص البناء والغرس بالقلع لانه مغرور من جهته حيث وقت له والظاهر هو
الوفاء بالعهد فيرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه هكذا ذكره القدوري في المختصر
وذكر الحاكم الشهيد انه يضمن رب الارض للمستعير قيمة غرسه وبنائه ويكونان له
الا ان يشاء المستعير ان يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فيكون له ذلك لانه ملكه قالوا
اذا كان في القلع ضرر بالارض فالخيار الى رب الارض لانه صاحب اصل والمستعير
صاحب تبع والترجيح بالاصل ولو استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع
وقت او لم يوقت لان له نهاية معلومة وفي الترك مراعاة الحقين بخلاف الغرس
لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك قال واجرة رد العارية
على المستعير لان الرد واجب عليه لما انه قبضه لمنفعة نفسه والاجرة مؤنة الرد فيكون

عليه

ليعير

الازهري في القول عيرت المكاييل والميزان ولا تقل عيرت الا بين المعايرة وقال الليث عايرت بين المكيالين امتحنتهما لمعرفة تساويهما ولا تقل عيرت الميزان وانما يقال عيرته بذنبه الصحاح المصباح للصيرفي

لتفريغها

عليه واجرة رد العين المستاجرة على المؤاجر لان الواجب على المستاجر التمكين والتخلية
دون الرد لان منفعة قبضه سالمة للمؤاجر معنى فلا يكون عليه مؤنة ردها قال و
اجرة رد العين المغصوبة على الغاصب لان الواجب عليه الرد والاعادة الى يد
المالك دفعا للضرر عنه فيكون مؤنته عليه قال واذا استعار دابة فردها الى
اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن وهذا استحسان وفي القياس يضمن لانه ما ردها
الى مالكها بل ضيعها وجه الاستحسان انه اتى بالتسليم المتعارف لان رد العواري
الى دار الملاك معتاد كآلة البيت ولو ردها الى المالك فالمالك يردها الى المربط
قال وان استعار عبدا فرده الى دار المالك ولم يسلمه اليه لم يضمن لما بينا ولو رد المغصوب
او الوديعة الى دار المالك ولم يسلمه اليه ضمن لان الواجب على الغاصب فسخ فعله
وذلك بالرد الى المالك دون غيره والوديعة لا يرضى المالك بردها الى الدار
ولا الى يد من في العيال لانه لو ارتضاه لما اودعها اياه بخلاف العواري لان فيها
عرفا حتى لو كانت العارية عقد جوهر لم يردها الا الى المعير لعدم ما ذكرناه من العرف
فيه قال ومن استعار دابة فردها مع عبده او اجيره لم يضمن والمراد بالاجير ان
يكون مسانهة او مشاهرة لانها امانة فله ان يحفظها بيد من في عياله كما في الوديعة
بخلاف الاجير مياومة لانه ليس في عياله وكذا اذا ردها مع عبد رب الدابة
او اجيره لان المالك يرضى به الا ترى انه لو رده اليه فهو يرده الى عبده وقيل
هذا في العبد الذي يقوم على الدواب وقيل فيه وفي غيره وهو الاصح لانه ان
كان لا يدفع اليه دائما يدفع اليه احيانا وان ردها مع اجنبي ضمن ودلت المسئلة
على ان المستعير لا يملك الايداع قصدا كما قاله بعض المشايخ وقال بعضهم يملكه لانه
دون الاعارة واولوا هذه المسئلة بانتهاء الاعارة لانقضاء المدة قال
ومن اعار ارضا بيضاء للزراعة يكتب انك اطعمتني عند ابي حنيفة وقالا يكتب انك
اعرتني لان لفظ الاعارة موضوع له والكتابة بالموضوع اولى كما في اعارة
الدار وله ان لفظ الاطعام ادل على المراد لانها تخص الزراعة والاعارة
تنتظمها وغيرها كالبناء ونحوه فكانت الكتابة بها اولى بخلاف الدار لانها
لا تعار الا للسكنى

كتاب الهبة

قال الهبة عقد مشروع لقوله
عليه السلام تهادوا تحابوا وعلى ذلك انعقد الاجماع وتصح بالايجاب والقبول
والقبض اما الايجاب والقبول فلانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول

ردّه

والقبض لا بد منه لثبوت الملك وقال مالك يثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى
هذا الخلاف الصدقة ولنا قوله عليه السلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة والمراد نفي الملك
لان الجواز بدونه ثابت ولانه عقد تبرع وفي اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع
شيا لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح بخلاف الوصية لان اوان ثبوت الملك فيها بعد
الموت ولا الزام على المتبرع لعدم اهلية اللزوم وحق الوارث متاخر عن الوصية
فلم يملكها فان قبضها الموهوب له في المجلس بغير امر الواهب جاز استحسانا وان قبض
بعد الافتراق لم يجز الا ان ياذن له الواهب في القبض والقياس ان لا يجوز في الوجهين
لان القبض تصرف في ملك الواهب اذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون اذنه
ولنا ان القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك
والمقصود منه اثبات الملك فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض بخلاف ما اذا
قبض بعد الافتراق لانا انما اثبتنا التسليط فيه الحاقا له بالقبول والقبول يتقيد
بالمجلس فكذا ما يلحق به بخلاف ما اذا نهاه عن القبض في المجلس لان الدلالة لا تعمل
في مقابلة الصريح قال وتنعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت واعطيت لان الاول صريح فيه
والثاني مستعمل فيه قال عليه السلام اكل اولادك نحلت مثل هذا وكذا الثالث يقال
اعطاك الله ووهبك الله بمعنى وكذا تنعقد بقوله اطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا
الثوب لك واعمرتك هذا الشيء وحملتك على هذه الدابة اذا نوى بالحملان الهبة اما
الاول فلان الاطعام اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين بخلاف ما
اذا قال اطعمتك هذه الارض حيث تكون عارية لان عينها لا تطعم فيكون المراد
اكل غلتها واما الثاني فلان حرف اللام للتمليك واما الثالث فلقوله عليه السلام
فمن اعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته من بعده وكذا اذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى
لما قلنا واما الرابع فلان الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة
يقال حمل الامير فلانا على فرس ويراد به التمليك فيحمل عليه عند نيته ولو قال
كسوتك هذا الثوب يكون هبة لانه يراد به التمليك قال الله تعالى او كسوتهم ويقال
كسا الامير فلانا ثوبا اي ملكه منه ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما روينا
من قبل ولو قال داري لك هبة سكنى او سكنى هبة فهي عارية لان العارية محكمة في
تمليك المنفعة والهبة تحتملها وتحتمل تمليك العين فيحمل المحتمل على المحكم وكذا اذا قال
عمرى سكنى او نحلى سكنى او سكنى صدقة او صدقة عارية او عارية هبة لما قدمنا ولو

قال هبة تسكنها فهي هبة لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير وهو تنبيه على المقصود
بخلاف قوله هبة سكنى لانه تفسير له قال ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة
وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة وقال الشافعي تجوز في الوجهين لانه عقد تمليك فيصح
في المشاع وغيره كالبيع بانواعه وهذا لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له
وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية ولنا ان القبض منصوص عليه في الهبة
فيشترط كماله والمشاع لا يقبله الا بضم غيره اليه وذلك غير موهوب ولان في تجويزه
الزامه شيئا لم يلتزمه وهو القسمة ولهذا امتنع جوازه قبل القبض كيلا يلزمه التسليم
بخلاف ما لا يقسم لان القبض القاصر هو الممكن فيكتفى به ولانه لا يلزمه مؤنة القسمة
والمهاياة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين والوصية ليس من شرطها
القبض وكذا البيع الصحيح والفاسد والصرف والسلم فان القبض فيها غير منصوص عليه ولانها
عقود ضمان فتناسب لزوم مؤنة القسمة والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه
فشرطنا القبض القاصر دون القسمة عملا بالشبهين على ان القبض غير منصوص عليه
فيه ولو وهب من شريكه لا يجوز لان الحكم يدار على نفس الشيوع قال ومن وهب
شقصا مشاعا فالهبة فاسدة لما ذكرنا فان قسمه وسلمه جاز لان تمامه بالقبض وعنده
لا شيوع قال ولو وهب دقيقا في حنطة او دهنا في سمسم فالهبة فاسدة فان
طحن وسلم لم يجز وكذا السمن في اللبن لان الموهوب معدوم ولهذا لو استخرجه الغاصب
يملكه والمعدوم ليس بمحل للملك فوقع العقد باطلا فلا ينعقد الا بالتجديد بخلاف
ما تقدم لان المشاع محل للتمليك وهبة اللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم والزرع
والنخل في الارض والتمر في النخيل بمنزلة المشاع لان امتناع الجواز للاتصال وذلك
يمنع القبض كالشائع قال واذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وان
لم يجدد فيها قبضا لان العين في قبضته والقبض هو الشرط بخلاف ما اذا باعه منه لان
القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الامانة اما قبض الهبة غير مضمون فينوب عنه
واذا وهب الاب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد لانه في قبض الاب فينوب
عن قبض الهبة ولا فرق بين ما اذا كان في يده او في يد مودعه لان يده كيده
بخلاف ما اذا كان مرهونا او مغصوبا او مبيعا بيعا فاسدا لانه في يد غيره او في
ملك غيره والصدقة في هذا مثل الهبة وكذا اذا وهبت له امه وهو في عيالها
والاب ميت ولا وصي له وكذلك كل من يعوله وان وهب له اجنبي هبة تمت بقبض الاب

لانه يملك عليه الدائر بين النافع والضار فاولى ان يملك النافع واذا وهب لليتيم هبة
فقبضها له وليه وهو وصي الاب او جد اليتيم او وصيه لان لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم
مقام الاب وان كان في حجر امه فقبضها له جائز لان لها الولاية فيما يرجع الى حفظه
وحفظ ماله وهذا من بابه لانه لا يبقى الا بالمال فلا بد من ولاية التحصيل وكذا اذا
كان في حجر اجنبي يربيه لان له عليه يدا معتبرة الا ترى انه لا يتمكن اجنبي آخر
ان ينتزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعا في حقه وان قبض الصبي الهبة بنفسه جاز معناه
اذا كان عاقلا لانه نافع في حقه وهو من اهله وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها
لها بعد الزفاف لتفويض الاب امورها اليه دلالة بخلاف ما قبل الزفاف ويملكه مع
حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته
غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الاب ومع حضوره
لا ضرورة قال واذا وهب اثنان من واحد دارا جاز لانهما سلماها جملة وهو قد
قبضها جملة فلا شيوع وان وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند ابي حنيفة وقالا
يصح لان هذه هبة الجملة منهما اذ التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع كما اذا رهن من رجلين
وله ان هذه هبة النصف من كل واحد ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل احدهما صح
ولان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التمليك كذلك لانه حكمه وعلى هذا
الاعتبار يتحقق الشيوع بخلاف الرهن لان حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما كملا
ولهذا لو قضى دين احدهما لا يسترد شيئا من الرهن وفي الجامع الصغير اذا تصدق
على محتاجين بعشرة دراهم او وهبها لهما جاز ولو تصدق بها على غنيين او وهبها
لهما لم يجز وقالا يجوز للغنيين ايضا جعل كل واحد منهما مجازا عن الآخر والصلاحية
ثابتة لان كل واحد منهما تمليك بغير بدل وفرق بين الصدقة والهبة في الحكم وفي الاصل
سوى فقال وكذلك الصدقة لان الشيوع مانع في الفصلين لتوقفهما على القبض
ووجه الفرق على هذه الرواية ان الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد و
الهبة يراد بها وجه الغني وهما اثنان وقيل هذا هو الصحيح والمراد بالمذكور في الاصل
الصدقة على غنيين ولو وهب لرجلين دارا لاحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها لم يجز
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يجوز ولو قال لاحدهما نصفها وللآخر
نصفها فعن ابي يوسف فيه روايتان فابو حنيفة مر على اصله وكذا محمد والفرق
لابي يوسف ان بالتنصيص على الابعاض ظهر ان قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق

الشيوع

الشيوع ولهذا لو جوزنا اذا رهن من رجلين ونص على الابعاض لم يجز والله تعالى اعلم

باب الرجوع في الهبة

قال واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها
وقال الشافعي لا رجوع فيها لقوله عليه السلام لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد
فيما يهب لولده ولان الرجوع يضاد التمليك والعقد لا يقتضي ما يضاده بخلاف
هبة الوالد لولده على اصله لانه لم يتم التمليك لكونه جزءا له ولنا قوله عليه السلام
الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اي لم يعوض ولان المقصود بالعقد هو التعويض
للعادة فتثبت له ولاية الفسخ عند فواته اذ العقد يقبله والمراد بما روي نفي استبداد
الرجوع واثباته للوالد لانه يتملكه للحاجة وذلك يسمى رجوعا وقوله في الكتاب فله
الرجوع لبيان الحكم اما الكراهة فلازمة لقوله عليه السلام العائد في هبته كالعائد في
قيئه وهذا لاستقباحه ثم للرجوع موانع ذكر بعضها فقال الا ان يعوضه عنها
لحصول المقصود او تزيد زيادة متصلة لانه لا وجه الى الرجوع فيها دون الزيادة
لعدم الامكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد قال او يموت احد المتعاقدين
لان بموت الموهوب له ينتقل الملك الى الورثة فصار كما اذا انتقل في حال حياته
واذا مات الواهب فوارثه اجنبي عن العقد اذ هو ما اوجبه قال او تخرج الهبة عن ملك
الموهوب له لانه حصل بتسليطه فلا ينقضه ولانه تجدد الملك بتجدد سببه قال
فان وهب لآخر ارضا بيضاء فانبت في ناحية منها نخلا او بنى بيتا او دكانا
او آريا وكان ذلك زيادة فيها فليس له ان يرجع في شيء منها لان هذه زيادة
متصلة وقوله وكان ذلك زيادة فيها اشارة الى ان الدكان قد يكون صغيرا
حقيرا لا يعد زيادة اصلا وقد تكون الارض عظيمة يعد ذلك زيادة في قطعة منها
فلا يمتنع الرجوع في غيرها قال وان باع نصفها غير مقسوم رجع في الباقي
لان الامتناع بقدر المانع وان لم يبع شيئا منها له ان يرجع في نصفها لان له ان
يرجع في كلها فكذا في نصفها بالطريق الاولى قال وان وهب هبة لذي رحم
محرم منه فلا رجوع فيها لقوله عليه السلام اذا كانت الهبة لذي رحم محرم منه لم يرجع
فيها ولان المقصود صلة الرحم وقد حصل وكذلك ما وهب احد الزوجين للآخر
لان المقصود فيها الصلة كما في القرابة وانما ينظر الى هذا المقصود وقت العقد
حتى لو تزوجها بعدما وهب لها فله الرجوع ولو ابانها بعدما وهب فلا رجوع
قال واذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا عوضا عن هبتك او بدلا عنها

موانع عن الرجوع في الهبة يجمعها حروف دمع خزقه

آري الدابة ... تتآرى فيه اي تمكث صحاح الكلام

أو في مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع لحصول المقصود وهذه العبارات
تؤدي معنى واحدا وإن عوضه أجنبي عن الموهوب له متبرعا فقبض الواهب العوض بطل
الرجوع لأن العوض لإسقاط الحق فيصح من الأجنبي كبدل الخلع والصلح وإذا استحق
نصف الهبة رجع بنصف العوض لأنه لم يسلم له ما يقابل نصفه وإن استحق نصف العوض
لم يرجع في الهبة إلا أن يرد ما بقي ثم يرجع وقال زفر يرجع بالنصف اعتبارا بالعوض
الآخر ولنا أنه يصلح عوضا للكل من الابتداء وبالاستحقاق ظهر أنه لا عوض إلا هو
إلا أنه يتخير لأنه ما أسقط حقه في الرجوع إلا ليسلم له كل العوض ولم يسلم فله أن
يرده قال وإن وهب دارا فعوضه من نصفها رجع في النصف الذي لم يعوضه لأن
المانع خص النصف قال ولا يصح الرجوع إلا بتراضيهما أو بحكم الحاكم لأنه مختلف بين
العلماء وفي أصله وهاء وفي حصول المقصود وعدمه خفاء فلا بد من الفصل
بالرضاء أو بالقضاء حتى لو كانت الهبة عبدا فأعتقه قبل القضاء نفذ ولو
منعه فهلك لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا إذا هلك في يده بعد القضاء لأن أول القبض
غير مضمون وهذا دوام عليه إلا أن يمنعه بعد طلبه لأنه تعدى وإذا رجع بالقضاء أو
بالتراضي يكون فسخا من الأصل حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشائع لأن العقد
وقع جائزا موجبا حق الفسخ فكان بالفسخ مستوفيا حقا ثابتا له فيظهر على الإطلاق
بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لأن الحق هناك في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا
قال وإذا تلفت العين الموهوبة واستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب
بشيء لأنه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة وهو غير عامل له والغرور في ضمن عقد المعاوضة
سبب الرجوع لا في غيره قال وإذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض في العوضين
وتبطل بالشيوع لأنه هبة ابتداء فإن تقابضا صح العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب
وخيار الرؤية وتستحق فيه الشفعة لأنه بيع انتهاء وقال زفر والشافعي هو بيع ابتداء
وانتهاء لأن فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة في العقود للمعاني ولهذا كان
بيع العبد من نفسه إعتاقا ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملا بالشبهين
وقد أمكن لأن الهبة من حكمها تأخر الملك إلى القبض وقد يتراخى عن البيع الفاسد
والبيع من حكمه اللزوم وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا بينهما بخلاف بيع
العبد من نفسه لأنه لا يمكن اعتبار البيع فيه إذ هو لا يصلح مالكا لنفسه **فصل**
قال ومن وهب جارية إلا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء لأن الاستثناء لا يعمل إلا

نصف

الوهي كالرمي مصدر وهى الحبل يهي إذا بلي وضعف

في محل

في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا على ما بيناه في البيوع فانقلب
شرطا فاسدا والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة وهذا هو الحكم في النكاح والخلع و
الصلح عن دم العمد لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع والإجارة والرهن
لأنها تبطل بها ولو أعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز لأنه لم يبق الجنين على ملكه فأشبه
الاستثناء ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز لأن الحمل بقي على ملكه فلم يكن شبيه الاستثناء
ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع أو هبة شيء هو مشغول بملك
المالك فإن وهبها له على أن يردها عليه أو على أن يعتقها أو يتخذها أم ولد أو وهب
دارا أو تصدق عليه بدار على أن يرد عليه شيئا منها أو يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة
والشرط باطل لأن هذه الشروط تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة والهبة
لا تبطل بها ألا ترى أن النبي عليه الصلاة والسلام أجاز العمرى وأبطل شرط المعمر بخلاف
البيع لأنه عليه السلام نهى عن بيع وشرط ولأن الشرط الفاسد في معنى الربوا وهو يعمل في
المعاوضات دون التبرعات ومن له على آخر ألف درهم فقال إذا جاء غد فهي لك أو أنت
منها بريء أو قال إذا أديت إلى النصف فلك نصفه أو أنت بريء من النصف الباقي
فهو باطل لأن الإبراء تمليك من وجه إسقاط من وجه وهبة الدين ممن عليه إبراء
وإسقاط وهذا لأن الدين مال من وجه ومن هذا الوجه كان تمليكا ووصف
من وجه ومن هذا الوجه كان إسقاطا ولهذا قلنا إنه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول
والتعليق بالشروط يختص بالإسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق
فلا يتعداها قال والعمرى جائزة للمعمر له في حياته ولورثته من بعده لما روينا ومعناه
أن يجعل داره له عمره وإذا مات ترد عليه فيصح التمليك ويبطل الشرط لما روينا
وقد بينا أن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة والرقبى باطلة عند أبي حنيفة ومحمد
وقال أبو يوسف جائزة لأن قوله داري لك تمليك وقوله رقبى شرط فاسد كالعمرى
ولهما أن النبي عليه السلام أجاز العمرى ورد الرقبى ولأن معنى الرقبى عندهما إن مت
قبلك فهي لك واللفظ من المراقبة كأنه يراقب موته وهذا تعليق التمليك بالخطر
فبطل وإذا لم يصح تكون عارية عندهما لأنه يتضمن إطلاق الانتفاع به والله أعلم
فصل في الصدقة والصدقة كالهبة لا تصح إلا بالقبض لأنه تبرع كالهبة
فلا يجوز في مشاع يحتمل القسمة لما بينا في الهبة ولا رجوع في الصدقة لأن المقصود
هو الثواب وقد حصل وكذا إذا تصدق على غني استحسانا لأنه قد يقصد بالصدقة

الصدقة م
الا بعد القبض

على الغنى الثواب وكذا اذا وهب لفقير لان المقصود الثواب دون العوض. قال ومن نذر
ان يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكوة ومن نذر ان يتصدق بملكه لزمه
ان يتصدق بالجميع ويروى انه والاول سواء وقد ذكرنا الفرق ووجه الروايتين
في مسائل القضاء. ويقال له امسك ما تنفقه على نفسك وعيالك الى ان تكتسب فاذا
اكتسب يتصدق بمثل ما انفق وقد ذكرناه من قبل والله تعالى اعلم.

كتاب الاجارات

الاجارة عقد على المنافع بعوض لان الاجارة في اللغة
بيع المنافع والقياس يابى جوازه لان المعقود عليه المنفعة وهي معدومة واضافة
التمليك الى ما سيوجد لا يصح الا انا جوزناه لحاجة الناس اليه وقد شهدت بصحتها الآثار
وهو قوله عليه السلام اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه وقوله عليه السلام من
استاجر اجيرا فليعلمه اجره وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والدار
اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول ثم عمله
يظهر في حق المنفعة ملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة ولا تصح حتى تكون المنافع
معلومة والاجرة معلومة لما روينا ولان الجهالة في المعقود عليه وبدله تفضي
الى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن في البيع وما جاز ان يكون ثمنا في البيع
جاز ان يكون اجرة في الاجارة لان الاجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع وما
لا يصلح ثمنا يصلح اجرة ايضا كالاعيان فهذا اللفظ لا ينفي صلاحية غيره لانه
عوض مالي والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والارضين
للزراعة فيصح العقد على مدة معلومة اي مدة كانت لان المدة اذا كانت معلومة
كان قدر المنفعة فيها معلوما اذا كانت المنفعة لا تتفاوت وقوله اي مدة كانت
اشارة الى انه يجوز طالت المدة او قصرت لكونها معلومة ولتحقق الحاجة اليها عسى
الا ان في الاوقاف لا تجوز الاجارة الطويلة كيلا يدعي المستاجر ملكها وهي ما زاد على ثلث سنين
هو المختار. قال وتارة تصير معلومة بنفسه كمن استاجر رجلا على صبغ ثوبه
او خياطته او استاجر دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما او يركبها مسافة سماها
لانه اذا بين الثوب ولون الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه
والمسافة صارت المنفعة معلومة فيصح العقد وربما يقال الاجارة قد تكون عقدا
على العمل كاستئجار القصار والخياط ولا بد ان يكون العمل معلوما وذلك
في الاجير المشترك وقد تكون عقدا على المنفعة كما في اجير الوحد ولا بد من بيان الوقت

قال

قال وتارة تصير المنفعة معلومة بالتعيين والاشارة كمن استاجر رجلا لينقل له هذا
الطعام الى موضع معلوم لانه اذا اراه ما ينقله والموضع الذي يحمل اليه كانت المنفعة
معلومة فيصح العقد.

باب الاجر متى يستحق

قال الاجرة لا تجب بالعقد وتستحق باحد
معان ثلثة اما بشرط التعجيل او بالتعجيل من غير شرط او باستيفاء المعقود عليه وقال
الشافعي تملك بنفس العقد لان المنافع المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح
العقد فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل ولنا ان العقد ينعقد شيئا فشيئا على حسب حدوث
المنافع على ما بينا والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب
المنفعة التراخي في البدل الآخر واذا استوفى المنفعة يثبت الملك في الاجر لتحقق
التسوية وكذا اذا شرط التعجيل او عجل من غير شرط لان المساواة تثبت حقا له وقد ابطله
واذا قبض المستاجر الدار فعليه الاجر وان لم يسكنها لان تسليم عين المنفعة لا يتصور فاقمنا
تسليم المحل مقامه اذ التمكن من الانتفاع يثبت به فان غصبها غاصب من يده
سقطت الاجرة لان تسليم المحل انما اقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع فاذا فات
التمكن فات التسليم وانفسخ العقد فسقط الاجر وان وجد الغصب في بعض المدة سقط
بقدره اذ الانفساخ في بعضها. ومن استاجر دارا فللموجر ان يطالبه باجر كل يوم
لانه استوفى منفعة مقصودة الا ان يبين وقت الاستحقاق بالعقد لانه بمنزلة التاجيل
وكذلك اجارة الاراضي لما بينا. ومن استاجر بعيرا الى مكة فللجمال ان يطالبه باجرة كل
مرحلة لان سير كل مرحلة مقصود وكان ابو حنيفة يقول اولا لا يجب الاجر الا
بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة
فلا يتوزع الاجر على اجزائها كما اذا كان المعقود عليه العمل ووجه القول المرجوع اليه
ان القياس يقتضي استحقاق الاجر ساعة فساعة لتحقق المساواة الا ان المطالبة
في كل ساعة تفضي الى ان لا يتفرغ لغيره فيتضرر به فقدرنا بما ذكرنا. قال وليس
للخياط والقصار ان يطالب بالاجرة حتى يفرغ من العمل لان العمل في البعض غير منتفع به
فلا يستوجب به الاجر وكذا اذا عمل في بيت المستاجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ
لما بينا. قال الا ان يشترط التعجيل لما مر ان الشرط فيه لازم. قال ومن استاجر خبازا
ليخبز له في بيته قفيزا من دقيق بدرهم لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور
لان تمام العمل بالاخراج فلو احترق او سقط من يده قبل الاخراج فلا اجر له للهلاك
قبل التسليم فان اخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر لانه صار مسلما بالوضع في بيته

ولا ضمان عليه لانه لم توجد منه الجناية قال رضه وهذا عند ابي حنيفة لانه امانة في يده
وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا اجر له لانه مضمون عليه فلا يبرأ الا بعد حقيقة التسليم
وان شاء ضمنه الخبز واعطاه الاجر ومن استاجر طباخا ليطبخ له طعام الوليمة
فالغرف عليه اعتبارا للعرف ولو استاجر انسانا ليضرب له لبنا استحق الاجر اذا
اقامه عند ابي حنيفة وقالا لا يستحقها حتى يشرجه لان التشريج من تمام عمله اذ
لا يؤمن من الفساد قبله فصار كاخراج الخبز من التنور ولان الاجير هو الذي يتولاه
عرفا وهو المعتبر فيما لم ينص عليه ولابي حنيفة ان العمل قد تم بالاقامة والتشريج
عمل زائد كالنقل الا ترى انه ينتفع به قبل التشريج بالنقل الى موضع العمل بخلاف
ما قبل الاقامة لانه طين منتشر وبخلاف الخبز لانه غير منتفع به قبل الاخراج
قال وكل صانع لعمله اثر في العين كالقصار والصباغ فله ان يحبس العين حتى يستوفي
الاجر لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما في المبيع
ولو حبسه فضاع فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة لانه غير متعد في الحبس فبقي امانة كما كان
عنده ولا اجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم وعندهما العين كانت مضمونة قبل
الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا اجر له وان شاء ضمنه
معمولا وله الاجر وسنبينه من بعد ان شاء الله تعالى وكل صانع ليس لعمله اثر في العين
فليس له ان يحبس العين للاجر كالحمال والملاح لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم
في العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس وغسل الثوب نظير الحمل وهذا بخلاف الآبق
حيث يكون للراد حق حبسه لاستيفاء الجعل ولا اثر لعمله لانه كان على شرف
الهلاك وقد احياه فكانه باعه منه فله حق الحبس وهذا الذي ذكرناه مذهب
علمائنا الثلثة وقال زفر ليس له حق الحبس في الوجهين لانه وقع التسليم باتصال المبيع
بملكه فيسقط حق الحبس ولنا ان الاتصال بالمحل ضرورة تسليم العمل فلم يكن هو
راضيا به من حيث انه تسليم فلا يسقط حق الحبس كما اذا قبض المشتري بغير رضاء
البائع قال واذا شرط على الصانع ان يعمل بنفسه فليس له ان يستعمل غيره لان المعقود
عليه العمل في محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه وان اطلق له العمل
فله ان يستاجر من يعمله لان المستحق عمل في ذمته ويمكن ايفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره
بمنزلة ايفاء الدين **فصل** ومن استاجر رجلا ليذهب الى البصرة فيجيء
بعياله فذهب فوجد بعضهم قد مات فجاء بمن بقي فله الاجر بحسابه لانه اوفى بعض

المعقود عليه فيستحق العوض بقدره ومراده اذا كانوا معلومين واذا لم يكونوا معلومين
فله اجر المثل وان استاجره ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويجيء بجوابه فذهب
فوجد فلانا ميتا فرده فلا اجر له وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد له
الاجر في الذهاب لانه اوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة وهذا لان
الاجر مقابل به لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته ولهما ان المعقود عليه
نقل الكتاب لانه هو المقصود او وسيلة اليه وهو العلم بما في الكتاب ولكن الحكم معلق به
وقد نقضه فيسقط الاجر كما في الطعام وهي المسئلة التي تلي هذه المسئلة وان ترك
الكتاب في ذلك المكان وعاد يستحق الاجر بالذهاب بالاجماع لان الحمل لم ينتقض وان
استاجره ليذهب بطعام الى فلان بالبصرة فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا
اجر له في قولهم جميعا لانه نقض تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام بخلاف مسئلة
الكتاب على قول محمد لان المعقود عليه هناك قطع المسافة على ما مر والله اعلم
باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها قال ويجوز استيجار الدور والحوانيت
للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها لان العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه
وانه لا يتفاوت فصح العقد وله ان يعمل كل شيء للاطلاق الا انه لا يسكن حدادا
ولا قصارا ولا طحانا لان فيه ضررا ظاهرا لانه يوهن البناء فيتقيد العقد
بما وراءها دلالة قال ويجوز استيجار الاراضي للزراعة لانها منفعة مقصودة فيها
وللمستاجر الشرب والطريق لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع الا بهما
فيدخلان في مطلق العقد بخلاف البيع لان المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع
في الحال حتى يجوز بيع الجحش والارض السبخة دون الاجارة فلا يدخلان فيه من غير ذكر الحقوق
وقد مر في البيوع ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها لانها قد تستاجر للزراعة
ولغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كيلا تقع المنازعة او يقول
على ان يزرع ما شاء لانه لما فوض الخيرة اليه ارتفعت الجهالة المفضية الى المنازعة
قال ويجوز ان يستاجر الساحة ليبني فيها او ليغرس فيها نخلا او شجرا لانها منفعة
تقصد بالاراضي ثم اذا انقضت مدة الاجارة لزمه ان يقلع البناء والغرس
ويسلمها فارغة لانه لا نهاية لهما وفي ابقائهما اضرار بصاحب الارض بخلاف
ما اذا انقضت المدة والزرع بقل حيث يترك باجر المثل الى زمان الادراك
لان لها نهاية معلومة فامكن رعاية الجانبين قال الا ان يختار صاحب الارض

فيتقيد

معهودة م

د وكذا الحاجة م

لانه م

ان يغرم له قيمة ذلك مقلوعا ويتملكه وهذا برضاء صاحب الغرس والشجر الا ان تنقص
الارض بقلعها فحينئذ يتملكها بغير رضاه قال او يرضى بتركه على حاله فيكون
البناء لهذا والارض لهذا لان الحق له فله ان لا يستوفيه قال وفي الجامع الصغير
اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض رطبة فانها تقلع لان الرطاب لا نهاية لها
فاشبه الشجر قال ويجوز استيجار الدواب للركوب والحمل لانه منفعة مقصودة
معلومة معهودة فان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء عملا بالاطلاق ولكن
اذا ركب بنفسه او اركب واحدا ليس له ان يركب غيره لانه تعين مرادا من الاصل
والناس يتفاوتون في الركوب فصار كانه نص على ركوبه وكذلك اذا استاجر
ثوبا للبس واطلق فيما ذكرنا لاطلاق اللفظ وتفاوت الناس في اللبس وان قال
على ان يركبها فلان او يلبس الثوب فلان فاركبها غيره او البسه غيره فعطب كان
ضامنا لان الناس يتفاوتون في الركوب واللبس فصح التعيين وليس له ان يتعداه
وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل لما ذكرنا فاما العقار وما لا يختلف باختلاف
المستعمل اذا اشترط سكنى واحد فله ان يسكن غيره لان التقييد غير مفيد لعدم التفاوت
والذي يضر بالبناء خارج على ما ذكرنا قال وان سمى نوعا وقدرا يحمله على الدابة
مثل ان يقول خمسة اقفزة حنطة فله ان يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر او اقل
كالشعير والسمسم لانه دخل تحت الاذن لعدم التفاوت او لكونه خيرا من الاول وليس له
ان يحمل ما هو اضر من الحنطة كالملح لانعدام الرضا فيه وان استاجرها ليحمل عليها
قطنا سماه فليس له ان يحمل مثل وزنه حديدا لانه ربما يكون اضر بالدابة فان الحديد يجتمع
في موضع من ظهره والقطن ينبسط على ظهره قال وان استاجرها ليركبها فاردف معه
رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها ولا معتبر بالثقل لان الدابة قد يعقرها جهل الراكب
الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية ولان الآدمي غير موزون
فلا يمكن معرفة الوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة في الجنايات وان استاجرها
لتحمل عليها مقدارا من الحنطة فحمل عليها اكثر من ذلك فعطبت ضمن ما زاد الثقل لانها
عطبت بما هو ماذون فيه وغير ماذون فيه والسبب الثقل فانقسم عليهما الا اذا كان حملا
لا يطيقه مثل تلك الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها لعدم الاذن فيها اصلا لخروجه
عن العادة وان كبح الدابة بلجامها او ضربها فعطبت ضمن عند ابي حنيفة وقالا
لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد فكان حاصلا

لانه عطب

باذنه

باذنه فلا يضمنه ولابي حنيفة ان الاذن مقيد بشرط السلامة اذ يتحقق السوق بدونه وانما
هي المبالغة فيتقيد بوصف السلامة كالمرور في الطريق وان استاجرها الى الحيرة
فجاوز بها الى القادسية ثم ردها الى الحيرة فنفقت فهو ضامن وكذلك العارية
وقيل تاويل هذه المسئلة اذا استاجرها ذاهبا لا جائيا لينتهي العقد بالوصول
الى الحيرة فلا يصير بالعود مردودا الى يد المالك معنى اما اذا استاجرها ذاهبا
وجائيا يكون بمنزلة المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق وقيل الجواب مجرى
على الاطلاق والفرق ان المودع مامور بالحفظ مقصودا فبقي الامر بالحفظ بعد
العود الى الوفاق فحصل الرد الى يد نائب المالك وفي الاجارة والعارية يصير
الحفظ مامورا به تبعا للاستعمال لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائبا
فلا يبرأ بالعود وهذا اصح وان اكترى حمارا بسرج فنزع السرج واسرجه بسرج
يسرج بمثله الحمر فلا ضمان عليه لانه اذا كان يماثل الاول تناوله اذن المالك
اذ لا فائدة في التقييد بغيره الا اذا كان زائدا عليه في الوزن فحينئذ يضمن الزيادة
وان كان لا يسرج بمثله الحمر ضمن لانه لم يتناوله الاذن من جهته فصار مخالفا وان
اوكفه باكاف لا يوكف بمثله الحمر يضمن لما قلنا في السرج وهذا اولى وان اوكفه باكاف
يوكف بمثله الحمر ضمن عند ابي حنيفة وقالا يضمن بحسابه لانه اذا كان يوكف بمثله الحمر
كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضيا به الا اذا كان زائدا على السرج في الوزن
فيضمن الزيادة لانه لم يرض بالزيادة فصار كالزيادة في الحمل المسمى اذا كانت
من جنسه ولابي حنيفة ان الاكاف ليس من جنس السرج لانه للحمل والسرج للركوب
وكذا ينبسط احدهما على ظهر الدابة ما لا ينبسط عليه الاخر فكان مخالفا كما اذا حمل
الحديد وقد شرط له الحنطة وان استاجر حمالا ليحمل له طعاما في طريق كذا فاخذ
في طريق غيره يسلكه الناس فهلك المتاع فلا ضمان عليه وان بلغ فله الاجر وهذا
اذا لم يكن بين الطريقين تفاوت لان عند ذلك التقييد غير مفيد اما اذا كان التفاوت
يضمن لصحة التقييد فانه تقييد مفيد الا ان الظاهر عدم التفاوت اذا كان طريقا
يسلكه الناس فلم يفصل وان كان طريقا لا يسلكه الناس فهلك ضمن لانه صح التقييد
فصار مخالفا وان بلغ فله الاجر لانه ارتفع الخلاف معنى وان بقي صورة قال
وان حمله في البحر فيما يحمله الناس ضمن لفحش التفاوت بين البر والبحر وان بلغ فله الاجر
لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى وان استاجر ارضا ليزرعها حنطة فزرعها

ثم نفقت

لانه

تفاوتا

رطبة ضمن ما نقصها لان الرطاب اضر بالارض من الحنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة
الحاجة الى سقيها فكان خلافا الى شر فيضمن ما نقصها ولا اجر له لانه غاصب للارض
على ما قررناه ومن دفع الى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء فان شاء
ضمنه قيمة الثوب وان شاء اخذ القباء واعطاه اجر مثله لا يجاوز به درهما
قيل معناه القرطق الذي هو ذو طاق لانه يستعمل استعمال القميص وقيل هو مجرى
على اطلاقه لانهما يتقاربان في المنفعة وعن ابي حنيفة انه يضمنه من غير خيار لان
القباء خلاف جنس القميص ووجه الظاهر انه قميص من وجه فانه يشد وسطه وينتفع
انتفاع القميص فجاءت الموافقة والمخالفة فيميل الى اي الجهتين شاء الا انه يجب
اجر المثل لقصور جهة الموافقة ولا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو الحكم في ساير الاجارات
الفاسدة على ما نبينه في بابه ان شاء الله تعالى ولو خاطه سراويل وقد امر بالقباء قيل يضمن من
غير خيار للتفاوت في المنفعة والاصح انه يخير للاتحاد في اصل المنفعة وصار
كما اذا امر بضرب طست من شبه فضرب منه كوزا فانه يخير كما هاهنا باب

الاجارة الفاسدة قال الاجارة تفسدها الشروط كما تفسد البيع لانه بمنزلته الا يرى
انه عقد يقال ويفسخ والواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يجاوز به المسمى وقال
زفر يجب بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع الاعيان ولنا ان المنافع لا تتقوم بنفسها
بل بالعقد لحاجة الناس فيكتفى بالضرورة في الصحيح منها الا ان الفاسد تبع له و
يعتبر ما يجعل بدلا في الصحيح عادة لكنهما اذا اتفقا على مقدار في الفاسد فقد اسقطا
الزيادة واذا نقص اجر المثل لم يجب زيادة المسمى لفساد التسمية بخلاف البيع لان العين
متقومة في نفسها وهو الموجب الاصلي فان صحت التسمية انتقل عنه والا فلا ومن استاجر
دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور الا ان يسمي جملة
شهور معلومة لان الاصل ان كلمة كل اذا دخلت فيما لا نهاية له تنصرف الى الواحد
لتعذر العمل بالعموم فكان الشهر الواحد معلوما فصح العقد فيه واذا تم كان لكل واحد منهما
ان ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح ولو سمى جملة شهور معلومة جاز لان
المدة صارت معلومة قال فان سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه ولم يكن للمؤجر
ان يخرجه الى ان ينقضي الشهر وكذلك كل شهر سكن في اوله لانه تم العقد بتراضيهما
بالسكنى في الشهر الثاني الا ان الذي ذكره في الكتاب هو القياس وقد مال اليه بعض
المشايخ وظاهر الرواية ان يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى من الشهر الثاني

كما اذا امر ،

عقد ،

متقوم في نفسه ،

ويومها

ويومها لان في اعتبار الاول بعض الحرج وان استاجر دارا سنة بعشرة دراهم جاز
وان لم يسم قسط كل شهر من الاجرة لان المدة معلومة بدون التقسيم فصار كاجارة
شهر واحد فانه جائز وان لم يبين قسط كل يوم ثم يعتبر ابتداء المدة مما سمى وان لم
يسم شيئا فهو من الوقت الذي استاجره لان الاوقات كلها في حق الاجارة على السواء
فاشبه اليمين بخلاف الصوم لان الليالي ليست بمحل له ثم ان كان العقد حين يهل الهلال
فشهور السنة كلها بالاهلة لانها هي الاصل وان كان في اثناء الشهر فالكل بالايام
عند ابي حنيفة وهو رواية عن ابي يوسف وعند محمد وهو رواية عن ابي يوسف الاول
بالايام والباقي بالاهلة لان الايام يصار اليها ضرورة وهي في الاول منها وله
انه متى تم الاول بالايام ابتدأ الثاني بالايام ضرورة فهكذا الى اخر السنة ونظيره
العدة وقد مر في الطلاق قال ويجوز اخذ اجرة الحمام والحجام اما الحمام فلتعارف
الناس ولم تعتبر الجهالة لاجماع المسلمين قال عليه السلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله
حسن واما الحجام فلما روي انه عليه السلام احتجم واعطى الحجام الاجرة ولانه استيجار
على عمل معلوم باجر معلوم فيقع جائزا قال ولا يجوز اخذ اجرة عسب التيس وهو ان يؤاجر
فحلا لينزو على الاناث لقوله عليه السلام ان من السحت عسب التيس والمراد اخذ الاجرة عليه
ولا الاستيجار على الاذان والحج وكذا الامامة وتعليم القران والفقه والاصل ان
كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستيجار عليها عندنا وعند الشافعي يصح في كل ما
لا يتعين على الاجير لانه استيجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز ولنا قوله عليه السلام
اقرأوا القران ولا تاكلوا به وفي اخر ما عهد رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم الى عثمان
ابن ابي العاص وان اتخذت مؤذنا فلا تاخذ على الاذان اجرا ولان القربة متى
حصلت وقعت عن العامل ولهذا تعتبر اهليته فلا يجوز له اخذ الاجر من غيره
كما في الصوم والصلاة ولان التعليم مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم فيكون
ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح وبعض مشايخنا استحسنوا الاستيجار على تعليم القران
اليوم لانه ظهر التواني في الامور الدينية ففي الامتناع تضييع حفظ القران وعليه
الفتوى قال ولا يجوز الاستيجار على الغناء والنوح وكذا ساير الملاهي لانه استيجار
على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد قال ولا يجوز اجارة المشاع عند ابي حنيفة الا
من الشريك وقالا اجارة المشاع جائزة وصورته ان يؤاجر نصيبا من داره او نصيبه
من دار مشتركة من غير الشريك لهما ان للمشاع منفعة ولهذا يجب اجر المثل والتسليم

اخذ ،

عليه ،

[illegible]

يمكن بالتخلية او بالتهايؤ فصار كما اذا آجر من شريكه او من رجلين وصار كالبيع
ولابي حنيفة انه آجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز وهذا لان تسليم المشاع وحده لا
يتصور والتخلية اعتبرت تسليما لوقوعه تمكينا وهو الفعل الذي يحصل به التمكن ولا
تمكن في المشاع بخلاف البيع لحصول التمكن فيه واما التهايؤ فانما يستحق حكما للعقد
بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط جواز العقد وشرط
الشيء يسبقه ولا يعتبر المتراخي سابقا واما اذا آجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه
فلا شيوع والاختلاف في النسبة لا يضر على انه لا يصح في رواية الحسن عنه وبخلاف
الشيوع الطارئ لان القدرة على التسليم ليست بشرط للبقاء وبخلاف ما اذا آجر
من رجلين لان التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما طارئ قال ويجوز
استيجار الظئر باجرة معلومة لقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن ولان
التعامل به كان جاريا في عهد رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم وقبله واقرهم عليه
ثم قيل ان العقد يقع على المنافع وهي خدمتها للصبي والقيام به واللبن يستحق على طريق
التبع بمنزلة الصبغ في الثوب وقيل ان العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة ولهذا
لو ارضعته بلبن شاة لا تستحق الاجر والاول اقرب الى الفقه لان عقد الاجارة
لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا كما اذا استاجر بقرة ليشرب لبنها وسنبين
العذر عن الارضاع بلبن الشاة ان شاء الله تعالى واذا ثبت ما ذكرنا يصح اذا كانت الاجرة
معلومة اعتبارا بالاستيجار على الخدمة قال ويجوز بطعامها وكسوتها استحسانا
عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز لان الاجرة مجهولة فصار كما اذا استاجرها للخبز و
الطبخ وله ان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان في العادة التوسعة على الاظآر
شفقة على الاولاد فصار كبيع قفيز من صبرة بخلاف الخبز والطبخ لان الجهالة فيه
تفضي الى المنازعة وفي الجامع الصغير فان سمى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة
واجلها وذرعها فهو جائز يعني بالاجماع ومعنى تسمية الطعام دراهم ان يجعل الاجرة
دراهم ثم يدفع الطعام مكانها وهذا لا جهالة فيه ولو سمى الطعام وبين قدره جاز
ايضا لما قلنا ولا يشترط تاجيله لان اوصافها اثمان ويشترط بيان مكان
الايفاء عند ابي حنيفة خلافا لهما وقد ذكرناه في البيوع وفي الكسوة يشترط بيان
الاجل ايضا مع بيان القدر والجنس لانه انما يصير دينا في الذمة اذا صار مبيعا
وانما يصير مبيعا عند الاجل كما في السلم قال وليس للمستاجر ان يمنع زوجها من وطئها

اعتبرت

ليس

لان

لان الوطء حق الزوج فلا يتمكن من ابطال حقه الا ترى ان له ان يفسخ الاجارة اذا
لم يعلم به صيانة لحقه الا ان المستاجر يمنعه من غشيانها في منزله لان المنزل حقه
فان حبلت كان لهم ان يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبنها لان لبن الحامل
يفسد الصبي ولهذا كان لهم الفسخ اذا مرضت ايضا وعليها ان تصلح طعام الصبي لان العمل
عليها والحاصل انه يعتبر فيما لا نص عليه العرف في مثل هذا الباب فما جرى به العرف
من غسل ثياب الصبي واصلاح الطعام وغير ذلك فهو على الظئر اما الطعام فعلى والد
الولد وما ذكر محمد ان الدهن والريحان على الظئر فذلك من عادة اهل الكوفة
فان ارضعته في المدة بلبن شاة فلا اجر لها لانها لم تات بعمل مستحق عليها وهو الارضاع
فان هذا ايجار وليس بارضاع وانما لم يجب الاجر لهذا المعنى انه اختلف العمل قال
ومن دفع الى حائك غزلا لينسجه بالنصف فله اجر مثله وكذا اذا استاجر حمارا يحمل
طعاما بقفيز منه فالاجارة فاسدة لانه جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله فيصير
في معنى قفيز الطحان وقد نهى عنه النبي عليه السلام وهو ان يستاجر ثورا ليطحن له حنطة
بقفيز من دقيقه وهذا اصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات لا سيما في ديارنا
والمعنى فيه ان المستاجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج او المحمول وحصوله بفعل
الاجير فلا يعد هو قادرا بقدرة غيره وهذا بخلاف ما اذا استاجره ليحمل نصف طعامه بالنصف
الآخر حيث لا يجب له الاجر لان المستاجر ملك الاجير في الحال بالتعجيل فصار مشتركا بينهما
ومن استاجر رجلا ليحمل طعاما مشتركا بينهما لا يجب الاجر لانه ما من جزء يحمله الا وهو
عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه قال ولا يجاوز بالاجر قفيزا لانه لما فسدت
الاجارة فالواجب الاقل مما سمى ومن اجر المثل لانه رضي بحط الزيادة وهذا
بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ عند محمد لان المسمى هناك
غير معلوم فلم يصح الحط قال ومن استاجر رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم اليوم
بدرهم فهو فاسد وهذا عند ابي حنيفة وقالا في الاجارات انه جائز لانه يجعل
المعقود عليه عملا ويجعل ذكر الوقت للاستعجال تصحيحا للعقد فترتفع الجهالة وله
ان المعقود عليه مجهول لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل
يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح ونفع المستاجر في الثاني ونفع الاجير في الاول
فيفضي الى المنازعة وعن ابي حنيفة انه تصح الاجارة اذا قال في اليوم وقد سمى
عملا لانه للظرف فكان المعقود عليه العمل بخلاف قوله اليوم وقد مر في الطلاق قال

قفيز الطحان

اذا م

بين

مثله م

ومن استأجر ارضا على ان يكربها ويزرعها او يسقيها ويزرعها فهو جائز لان الزراعة مستحقة بالعقد ولا تتأتى الزراعة الا بالسقي والكراب فكان كل واحد منهما مستحقا وكل شرط هذه صفته يكون من مقتضيات العقد فذكره لا يوجب الفساد فان شرط ان يثنيها او يكري انهارها او يسرقنها فهو فاسد لانه يبقى اثره بعد انقضاء المدة وانه ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وما هذا حاله يوجب الفساد ولان مؤجر الارض يصير مستأجرا منافع الاجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفقتان في صفقة وهو منهي عنه ثم قيل المراد بالتثنية ان يردها مكروبة ولا شبهة في فساده وقيل ان يكربها مرتين في موضع يخرج الارض الريع بالكراب مرة والمدة سنة واحدة وان كانت ثلث سنين لا تبقى منفعته وليس المراد بكري الانهار الجداول بل المراد منها الانهار العظام هو الصحيح لانه يبقى منفعته في العام القابل وان استأجرها ليزرعها بزراعة ارض اخرى فلا خير فيه وقال الشافعي هو جائز وعلى هذا اجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب له ان المنافع بمنزلة الاعيان حتى جازت الاجارة باجرة دين ولا تصير دينا بدين ولنا ان الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسيئة والى هذا اشار محمد ولان الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة

قال واذا كان الطعام بين رجلين فاستأجر احدهما صاحبه او حمار صاحبه على ان يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا اجر له وقال الشافعي له المسمى لان المنفعة عين وبيع العين شائعا جائز وصار كما اذا استأجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام او عبدا مشتركا ليخيط له الثياب ولنا انه استأجره لعمل لا وجود له لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع بخلاف البيع لانه تصرف حكمي واذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الاجر ولان ما من جزء يحمله الا وهو شريك فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم بخلاف الدار المشتركة لان المعقود عليه هنالك المنافع ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام وبخلاف العبد لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه وانه امر حكمي يمكن ايقاعه في الشائع ومن استأجر ارضا ولم يذكر انه يزرعها او اي فالاجارة فاسدة لان الارض تستأجر للزراعة ولغيرها وكذا ما يزرع فيها مختلف فمنه ما يضر بالارض وما لا يضر بها غيره فلم يكن المعقود عليه معلوما فان زرعها ومضى الاجل فله المسمى وهذا استحسان وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لانه وقع فاسدا

فلا ينقلب جائزا وجه الاستحسان ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا كما اذا ارتفعت في حالة العقد وصار كما اذا اسقط الاجل المجهول قبل مضيه والخيار الزائد في المدة ومن استأجر حمارا الى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس فنفق في نصف الطريق فلا ضمان عليه لان العين المستأجرة امانة في يد المستأجر وان كانت الاجارة فاسدة فان بلغ بغداد فله الاجر المسمى استحسانا على ما ذكرنا في المسئلة الاولى وان اختصما قبل ان يحمل عليه وفي المسئلة الاولى قبل ان يزرع نقضت الاجارة دفعا للفساد اذ الفساد قائم بعد والله تعالى اعلم

باب ضمان الاجير

قال الاجراء على ضربين اجير مشترك واجير خاص فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار لان المعقود عليه اذا كان هو العمل او اثره كان له ان يعمل للعامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد فمن هذا الوجه يسمى مشتركا قال والمتاع امانة في يده ان هلك لم يضمن شيئا عند ابي حنيفة وهو قول زفر ويضمنه عندهما الا من شيء غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر لهما ما روي عن عمر وعلي رضي الله تعالى عنهما انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكنه العمل الا به فاذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة كان التقصير من جهته فيضمنه كالوديعة اذا كانت باجر بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف انفه والحريق الغالب وغيره لانه لا تقصير من جهته ولابي حنيفة ان العين امانة في يده لان القبض حصل باذنه ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن التحرز عنه لا يضمنه ولو كان مضمونا لضمنه كما في المغصوب والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا ولهذا لا يقابله الاجر بخلاف المودع باجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الاجر قال وما تلف بعمله كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري الحمل وغرق السفينة من مدها مضمون عليه وقال زفر والشافعي لا ضمان عليه لانه امره بالفعل مطلقا فينتظم بنوعيه المعيب والسليم وصار كاجير الوحد ومعين القصار ولنا ان الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لانه هو الوسيلة الى الاثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن المفسد مأذونا فيه بخلاف المعين لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فامكن تقييده وبخلاف اجير الوحد على ما نذكره ان شاء الله تعالى وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه

فكان من صنيعه قال إلا أنه لا يضمن به بني آدم ممن غرق في السفينة أو سقط من الدابة
وإن كان بسوقه وقوده لأن الواجب ضمان الآدمي وأنه لا يجب بالعقد وإنما يجب
بالجناية ولهذا يجب على العاقلة وضمان العقود لا تتحمله العاقلة قال وإذا استأجر
من يحمل له دنا من الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر فإن شاء ضمنه قيمته في المكان
الذي حمله ولا أجر له وإن شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر وأعطاه الأجر بحسابه
أما الضمان فلما قلنا والسقوط بالعثار أو بانقطاع الحبل وكل ذلك من صنيعه وأما
الخيار فلأنه إذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين أنه وقع تعديا من الابتداء
من هذا الوجه وله وجه آخر وهو أن ابتداء الحمل حصل بإذنه فلم يكن تعديا وإنما صار
تعديا عند الكسر فيميل إلى أي الجهتين شاء وفي الوجه الثاني له الأجر بقدر ما استوفى
وفي الوجه الأول لا أجر له لأنه ما استوفى أصلا قال وإذا فصد الفصاد أو بزغ البزاغ
ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك وفي الجامع الصغير بيطار
بزغ دابة بدانق فنفقت أو حجام حجم عبدا بأمر مولاه فمات فلا ضمان عليه وفي كل
واحد من العبارتين نوع بيان ووجهه أنه لا يمكنه التحرز عن السراية لأنه يبتني على قوة
الطباع وضعفها في تحمل الألم فلا يمكن التقييد بالمصلح من العمل ولا كذلك دق
الثوب ونحوه مما قدمناه لأن قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فأمكن القول
بالتقييد قال والأجير الخاص الذي يستحق الأجرة بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل
كمن استؤجر شهرا للخدمة أو لرعي الغنم وإنما سمي أجير وحد لأنه لا يمكنه أن يعمل
لغيره لأن منافعه في المدة صارت مستحقة له والأجر مقابل بالمنافع ولهذا
يبقى الأجر مستحقا وإن نقض العمل قال ولا ضمان على الأجير الخاص فيما تلف في
يده ولا ما تلف من عمله أما الأول فلأن العين أمانة في يده لأنه قبض بإذنه وهذا
ظاهر عنده وكذا عندهما لأن تضمين الأجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة
أموال الناس والأجير الوحد لا يتقبل الأعمال فتكون السلامة غالبة فيؤخذ
فيه بالقياس وأما الثاني فلأن المنافع متى صارت مملوكة للمستأجر فإذا أمره بالتصرف
في ملكه صح ويصير نائبا منابه فصار فعله منقولا إليه كأنه فعل بنفسه فلهذا لا يضمنه

باب الإجارة على أحد الشرطين

وإذا قال للخياط إن خطت هذا الثوب فارسيا
فبدرهم وإن خطته روميا فبدرهمين جاز الشرطان وأي عمل من هذين العملين
عمل يستحق الأجر به وكذا إذا قال للصباغ إن صبغته بعصفر فبدرهم وإن صبغته

بزعفران

بزعفران فبدرهمين وكذا إذا خيره بين شيئين بأن قال آجرتك هذه الدار شهرا بخمسة أو
هذه الدار الأخرى بعشرة وكذا إذا خيره بين مسافتين مختلفتين بأن قال آجرتك
هذه الدابة إلى الكوفة بكذا أو إلى واسط بكذا وكذا إذا خيره بين ثلاثة أشياء وإن
خيره بين أربعة لم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة غير أنه
لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الإجارة لا يشترط لأن الأجر إنما يجب بالعمل
وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فيتحقق الجهالة
على وجه لا يرتفع المنازعة إلا بإثبات الخيار قال ولو قال إن خطته اليوم فبدرهم
وإن خطته غدا فبنصف درهم فإن خاطه اليوم فله درهم وإن خاطه غدا فله أجر
مثله عند أبي حنيفة لا يجاوز به نصف درهم وفي الجامع الصغير لا ينقص من نصف
درهم ولا يزاد على درهم وقالا الشرطان جائزان وقال زفر الشرطان فاسدان
لأن الخياطة شيء واحد وقد ذكر بمقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولا
وهذا لأن ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان ولهما أن
ذكر اليوم للتأقيت وذكر الغد للتعليق فلا يجتمع في كل يوم تسميتان ولأن التعجيل
والتأخير مقصود فنزل منزلة اختلاف النوعين ولأبي حنيفة أن ذكر الغد للتعليق
ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت لأن فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل وإذا
كان كذلك يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الأول في اليوم ويجب المسمى
ويفسد الثاني ويجب أجر المثل لا يجاوز به نصف درهم لأنه هو المسمى في اليوم الثاني
وفي الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لأن التسمية الأولى
لا تنعدم في اليوم الثاني فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان
فإن خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند أبي حنيفة هو الصحيح
لأنه إذا لم يرض بالتأخير إلى الغد فبالزيادة عليه إلى ما بعد الغد أولى ولو قال
إن أسكنته في هذا الدكان عطارا فبدرهم وإن أسكنته حدادا فبدرهمين جاز
وأي الأمرين فعل استحق المسمى فيه عند أبي حنيفة وقالا الإجارة فاسدة وكذلك
إذا استأجر بيتا على أنه إن سكن فيه فبدرهم وإن أسكن فيه حدادا فبدرهمين فهو
جائز عند أبي حنيفة وقالا لا يجوز ومن استأجر دابة إلى الحيرة بدرهم وإن جاوز بها
إلى القادسية فبدرهمين جاز ويحتمل الخلاف وإن استأجرها إلى الحيرة على أنه إن
حمل عليها كر شعير فبنصف درهم وإن حمل عليها كر حنطة فبدرهم فهو جائز في قولهم

ابي حنيفة رحمه الله لا يجوز وجه قوله ان المعقود عليه مجهول وكذا الاجر احد الشيئين
وهو مجهول والجهالة توجب الفساد بخلاف الخياطة الفارسية والرومية لان الاجر يجب
بالعمل وعنده ترتفع الجهالة اما في هذه المسئلة يجب الاجر بالتخلية والتسليم فتبقى الجهالة
وهذا الحرف هو الاصل عندهما ولابي حنيفة انه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح
كما في مسئلة الرومية والفارسية وهذا لان سكناه بنفسه يخالف اسكانه الحداد الا ترى
انه لا يدخل ذلك في مطلق العقد وكذا في اخواتها والاجارة تعقد للانتفاع
وعنده ترتفع الجهالة فلو احتيج الى الايجاب بمجرد التسليم يجب اقل الاجرين للتيقن به

باب اجارة العبد

ومن استاجر عبدا للخدمة فليس له ان يسافر به الا
ان يشترط ذلك لان خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق
ولهذا جعل السفر عذرا فلا بد من اشتراطه كاسكان الحداد والقصار في الدار ولان
التفاوت بين الخدمتين ظاهر فاذا تعين الخدمة في الحضر لا يبقى غيره داخلا كما
في الركوب ومن استاجر عبدا محجورا عليه شهرا واعطاه الاجر فليس للمستاجر ان ياخذ منه
الاجر واصله ان الاجارة صحيحة استحسانا اذا فرغ من العمل والقياس ان لا تجوز
لانعدام اذن المولى وقيام الحجر فصار كما اذا هلك العبد وجه الاستحسان ان التصرف
نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار هلاك العبد والنافع مأذون فيه كقبول
الهبة واذا جاز لم يكن للمستاجر ان ياخذ منه الاجر ومن غصب عبدا فآجر العبد نفسه
فاخذ الغاصب الاجر فاكله فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا هو ضامن لانه اكل
مال المالك بغير اذنه اذ الاجارة قد صحت على ما مر ولان الضمان يجب باتلاف مال
محرز لان التقوم به وهذا غير محرز في حق الغاصب لان العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف
يحرز ما في يده وان وجد المولى الاجر قائما بعينه اخذه لانه وجد عين ماله ويجوز
قبض العبد الاجر في قولهم جميعا لانه مأذون له في التصرف على اعتبار الفراغ
على ما مر ومن استاجر عبدا هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فهو جائز
والاول منهما باربعة لان الشهر المذكور اولا ينصرف الى ما يلي العقد تحريا للجواز
او نظرا الى تنجز الحاجة فينصرف الثاني الى ما يلي الاول ضرورة ومن استاجر عبدا
شهرا بدرهم فقبضه في اول الشهر ثم جاء آخر الشهر وهو آبق او مريض فقال
ابق او مرض حين اخذته وقال المولى لم يكن ذلك الا قبل ان ياتيني بساعة
فالقول قول المستاجر وان جاء به وهو صحيح فالقول قول المؤجر لانهما اختلفا

في امر

في امر محتمل فيترجح بحكم الحال اذ هو دليل على قيامه من قبل وهو يصلح مرجحا ان لم يصلح
حجة في نفسه اصله الاختلاف في جريان ماء الطاحونة وانقطاعه والله تعالى اعلم

باب الاختلاف في الاجارة

واذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال صاحب الثوب
امرتك ان تعمله قباء وقال الخياط لا بل قميصا او قال صاحب الثوب للصباغ امرتك
ان تصبغه احمر فصبغته اصفر وقال الصباغ لا بل امرتني صفرا فالقول لصاحب الثوب
لان الاذن يستفاد من جهته الا ترى انه لو انكر اصل الاذن كان القول قوله
فكذا اذا انكر الوصف لكن يحلف لانه انكر شيئا لو اقر به لزمه قال واذا حلف فالخياط
ضامن ومعناه ما مر من قبل انه بالخيار ان شاء ضمنه وان شاء اخذه واعطاه اجر مثله
وكذا يخير في مسئلة الصبغ اذا حلف ان شاء ضمنه قيمة الثوب ابيض وان شاء اخذ الثوب
واعطاه اجر مثله لا يجاوز به المسمى وقد ذكر في بعض النسخ قيمة ما زاد الصبغ فيه لانه
بمنزلة الغصب وان قال صاحب الثوب عند ابي حنيفة لانه ينكر تقوم عمله اذ هو يتقوم بالعقد
وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر وقال ابو يوسف ان كان الرجل
حريفا له اي خليطا له فله الاجر لان سبق ما بينهما يعين جهة الطلب باجر جريا على معتادهما
وقال محمد ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجر فالقول قوله لانه لما فتح الحانوت
لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجر اعتبارا للظاهر والقياس ما قاله ابو حنيفة
لانه منكر والجواب عن استحسانهما ان الظاهر للدفع والحاجة الى الاستحقاق

علمته لي بغير اجر وقال الصانع باجر فالقول قول صاحب

باب فسخ الاجارة

قال ومن استاجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى
فله الفسخ لان المعقود عليه المنافع وانها توجد شيئا فشيئا فكان هذا عيبا حادثا
قبل القبض فيوجب الخيار كما في البيع ثم المستاجر اذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب
فيلزمه جميع البدل كما في البيع وان فعل المؤجر ما ازال به العيب فلا خيار للمستاجر
لزوال سببه قال واذا خربت الدار او انقطع شرب الضيعة او انقطع الماء عن الرحى
انفسخت الاجارة لان المعقود عليه قد فات وهي المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه
فوت المبيع قبل القبض وموت العبد المستاجر ومن اصحابنا رحمهم الله من قال ان العقد
لا ينفسخ لان المنافع فاتت على وجه يتصور عودها فاشبه الاباق في البيع وعن محمد
ان الآجر لو بناها ليس للمستاجر ان يمتنع ولا للآجر وهذا تنصيص منه على انه لم ينفسخ
لكنه يفسخ ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر
بحصته لانه جزء من المعقود عليه واذا مات احد المتعاقدين وقد عقد الاجارة

لنفسه فيفسخ لأنه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة أو الأجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة
بالعقد لأنه ينتقل بالموت إلى الوارث وذلك لا يجوز وإن عقدها لغيره لم ينفسخ مثل الوكيل
والوصي والمتولي في الوقف لانعدام ما ذكرنا من المعنى. قال ويصح شرط الخيار في الإجارة
وقال الشافعي لا يصح لأن المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات
بعضه ولو كان للمؤاجر فلا يمكنه التسليم أيضا على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار. ولنا أنه
عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع والجامع
دفع الحاجة وفوات بعض المعقود عليه في الإجارة لا يمنع الرد بخيار العيب فكذا بخيار
الشرط بخلاف البيع وهذا لأن رد الكل ممكن في البيع دون الإجارة فيشترط فيه
دونها ولهذا يجبر المستأجر على القبض إذا سلم المؤاجر بعد مضي المدة. قال وتفسخ الإجارة
بالأعذار عندنا وقال الشافعي لا تفسخ إلا بالعيب لأن المنافع عنده بمنزلة الأعيان حتى
يجوز العقد عليها فأشبه البيع. ولنا أن المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار
العذر في الإجارة كالعيب قبل القبض في البيع فينفسخ به إذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد
عن المضي في موجبه إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا وهو كمن
استأجر حدادا ليقلع ضرسه لوجع به فسكن الوجع أو استأجر طباخا ليطبخ له طعام
الوليمة فاختلعت منه تنفسخ الإجارة لأن في المضي عليه إلزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد
وكذا من استأجر دكانا في السوق ليتجر فيه فذهب ماله وكذا من آجر دكانا أو دارا ثم أفلس
ولزمته ديون لا يقدر على قضائها إلا بثمن ما آجر فسخ القاضي العقد وباعها في الديون
لأن في الجري على موجب العقد إلزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهو الحبس لأنه قد
لا يصدق على عدم مال آخر. ثم قوله فسخ القاضي إشارة إلى أنه يفتقر إلى قضاء القاضي
في النقض وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين وقال في الجامع الصغير وكل
ما ذكرنا أنه عذر فإن الإجارة فيه تنتقض وهذا يدل على أنه لا يحتاج فيه إلى قضاء القاضي
ووجهه أن هذا بمنزلة العيب قبل القبض في المبيع على ما مر فينفرد العاقد بالفسخ. ووجه
الأول أنه فصل مجتهد فيه فلا بد من إلزام القاضي ومنهم من وفق فقال إذا كان
العذر ظاهرا لا يحتاج إلى القضاء وإن كان غير ظاهر كالدين يحتاج إلى القضاء
لظهور العذر. ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر فهو عذر لأنه لو مضى
على موجب العقد يلزمه ضرر زائد لأنه ربما يذهب للحج فذهب وقته أو لطلب غريمه فحضر
أو للتجارة فافتقر. وإن بدا للمكاري فليس ذلك بعذر لأنه يمكنه أن يقعد ويبعث

الدواب على يد تلميذه أو أجيره. ولو مرض المؤاجر فقعد فكذا الجواب على رواية الأصل
وروى الكرخي أنه عذر لأنه لا يعرى عن ضرر فيدفع عنه عند الضرورة دون
الاختيار. ومن آجر عبده ثم باعه فليس بعذر لأنه لا يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد
وإنما يفوته الاسترباح وأنه أمر زائد. وإذا استأجر الخياط غلاما فأفلس وترك
العمل فهو عذر لأنه يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد لفوات مقصوده وهو
رأس ماله. وتأويل المسألة خياط يعمل لنفسه أما الذي يخيط بأجر فرأس ماله الخيط
والمخيط والمقراض فلا يتحقق الإفلاس فيه. وإن أراد ترك الخياطة وأن يعمل
في الصرف فليس بعذر لأنه يمكنه أن يقعد الغلام للخياطة في ناحية وهو يعمل في الصرف
في ناحية. وهذا بخلاف ما إذا استأجر دكانا للخياطة فأراد أن يتركها ويشتغل
بعمل آخر حيث جعله عذرا ذكره في الأصل لأن الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين أما هنا
العامل شخصان فأمكنهما. ومن استأجر غلاما يخدمه في المصر ثم سافر فهو عذر
لأنه لا يعرى عن إلزام ضرر زائد لأن خدمة السفر أشق وفي المنع ضرر وكل ما
لم يستحق بالعقد فيكون عذرا. وكذا إذا أطلق لما عرف أنه يتقيد بالحضر بخلاف ما
إذا آجر العقار ثم سافر لأنه لا ضرر إذ المستأجر يمكنه استيفاء المنفعة بعد
غيبته حتى لو أراد المستأجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع من السفر أو إلزام الأجر
بدون السكنى وذلك ضرر والله أعلم

مسائل منثورة

قال ومن استأجر
أرضا أو استعارها فأحرق الحصائد فاحترق شيء من أرض أخرى فلا ضمان عليه
لأنه غير متعد في هذا التسبب فأشبه حافر البئر في دار نفسه وقيل هذا إذا كانت
الرياح هادئة ثم تغيرت أما إذا كانت مضطربة يضمن لأن موقدها يعلم أنها
لا تستقر في أرضه. قال وإذا أقعد الخياط والصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل
بالنصف فهو جائز لأن هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل
وهذا بحذاقته يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل. قال ومن استأجر
جملا ليحمل عليه محملا وراكبين إلى مكة جاز وله المحمل المعتاد وفي القياس لا يجوز
وهو قول الشافعي للجهالة وقد يفضي ذلك إلى المنازعة. وجه الاستحسان أن المقصود
هو الراكب وهو معلوم والمحمل تابع وما فيه من الجهالة يرتفع بالصرف إلى المتعارف
فلا يفضي إلى المنازعة وكذا إذا لم ير الوطاء والدثر. قال وإن شاهد الجمال
المحمل فهو أجود لأنه أنفى للجهالة وأقرب إلى تحقق الرضا. قال وإن استأجر بعيرا

يحمل عليه مقدارا من الزاد فاكل منه في الطريق جاز ان يرد عوض ما اكل لانه يستحق عليه
حملا مسمى في جميع الطريق فله ان يستوفيه وكذا غير الزاد من المكيل والموزون ورد
الزاد معتاد عند البعض كرد الماء فلا مانع من العمل بالاطلاق والله تعالى اعلم

كتاب المكاتب

قال واذا كاتب عبده او امته على مال شرطه عليه وقبل العبد
ذلك صار مكاتبا اما الجواز فلقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا وهذا ليس امر ايجاب
باجماع بين الفقهاء وانما هو امر ندب هو الصحيح وفي الحمل على الاباحة الغاء الشرط
اذ هو مباح بدونه اما الندبية معلقة به والمراد بالخير المذكور على ما قيل ان لا يضر
بالمسلمين بعد العتق فان كان يضر بهم فالافضل ان لا يكاتبه وان كان يصح لو فعله
واما اشتراط قبول العبد فلانه مال يلزمه فلا بد من التزامه ولا يعتق الا باداء كل
البدل لقوله عليه السلام ايما عبد كوتب على مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد
وقال عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه اختلاف الصحابة رضي الله عنهم وما اخترناه
قول زيد رضي الله عنه ويعتق بادائه وان لم يقل المولى اذا اديتها فانت حر لان
موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما في البيع ولا يجب حط شيء من البدل اعتبارا
بالبيع قال ويجوز ان يشترط المال حالا ويجوز مؤجلا ومنجما وقال الشافعي لا يجوز
حالا ولا بد من نجمين لانه عاجز عن التسليم في زمان قليل لعدم الاهلية قبله
للرق بخلاف السلم على اصله لانه اهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الاقدام
على العقد عليها فيثبت ولنا ظاهر ما تلونا من غير شرط التنجيم ولانه عقد معاوضة والبدل
معقود به فاشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم على اصلنا لان
المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه ولان مبنى الكتابة على المساهلة فيمهله المولى
ظاهرا بخلاف السلم لان بناءه على المضايقة وفي الحال كما امتنع من الاداء يرد في الرق
قال ويجوز كتابة العبد الصغير اذا كان يعقل البيع والشراء لتحقق الايجاب والقبول اذ العاقل
من اهل القبول والتصرف نافع في حقه والشافعي يخالفنا فيه وهو بناء على مسئلة اذن الصبي
في التجارة وهذا بخلاف ما اذا كان لا يعقل البيع والشراء لان القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد
العقد حتى لو ادى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع ومن قال لعبده جعلت عليك الفا
تؤديها الي نجوما اول النجم كذا وآخره كذا فاذا اديتها فانت حر وان عجزت فانت
رقيق فان هذه مكاتبة لانه اتى بتفسير الكتابة ولو قال اذا اديت الي الفا كل شهر مائة
فانت حر فهذه مكاتبة في رواية ابي سليمان لان التنجيم يدل على الوجوب وذلك بالكتابة

في نسخ

في نسخ ابي حفص لا يكون مكاتبة اعتبارا بالتعليق بالاداء مرة قال واذا صحت الكتابة
خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه اما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة
وهو الضم فيضم مالكية يده الى مالكية نفسه او لتحقيق مقصود الكتابة وهو اداء البدل
فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر وان نهاه المولى واما عدم الخروج عن ملكه
فلما روينا ولانه عقد معاوضة ومبناه على المساواة وينعدم ذلك بتنجيز العتق
ويتحقق بتاخره لانه يثبت له نوع مالكية ويثبت له في الذمة حق من وجه فان اعتقه عتق بعتقه
لانه مالك لرقبته ويسقط عنه بدل الكتابة لانه ما التزمه الا مقابلا بالعتق به
وقد حصل دونه قال واذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر لانها صارت اخص باجزائها
توسلا الى المقصود بالكتابة وهو الوصول الى البدل من جانبه والى الحرية من جانبها
بناء عليه ومنافع البضع ملحقة بالاجزاء والاعيان وان جنى عليها او على ولدها
لزمته الجناية لما بينا وان اتلف مالا لها غرم لان المولى كالاجنبي في حق اكسابه
ونفسه اذ لو لم يجعل كذلك لاتلفه المولى فيمتنع حصول الغرض المبتغى بالعقد

فصل في الكتابة الفاسدة

واذا كاتب المسلم عبده على خمر او خنزير او على قيمة نفسه
فالكتابة فاسدة اما الاول فلان الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم لانه ليس بمال في حقه
فلا يصلح بدلا فيفسد العقد واما الثاني فلان القيمة مجهولة قدرا وجنسا ووصفا
فتفاحشت الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب او دابة ولانه تنصيص على ما هو
موجب العقد الفاسد لانه موجب للقيمة قال فان ادى الخمر عتق وقال زفر لا يعتق
الا باداء قيمة نفسه لا باداء الخمر لان البدل هو القيمة وعن ابي يوسف انه يعتق باداء
الخمر لانه بدل صورة ويعتق باداء القيمة ايضا لانه هو البدل معنى وعن ابي حنيفة انه
انما يعتق باداء عين الخمر اذا قال ان اديتها فانت حر لانه حينئذ يكون العتق معلقا بالشرط
وصار كما اذا كاتب على ميتة او دم ولا فصل في ظاهر الرواية ووجه الفرق بينهما
وبين الميتة ان الخمر والخنزير مال في الجملة فامكن اعتبار معنى العقد فيه وموجبه العتق
عند اداء العوض المشروط واما الميتة فليست بمال اصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه
فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه واذا عتق باداء عين الخمر لزمه ان يسعى
في قيمته لانه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته
كما في البيع الفاسد اذا تلف المبيع في يد المشتري قال ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه
لانه عقد فاسد فيجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت كما في البيع الفاسد

وقد وقع في بعض نسخ الهداية الا باداء قيمة الخمر وهو يخالف لعامة روايات الكتب كذا في العناية وقال الشيخ ابن الهمام ووقع في بعض النسخ القيمة محلاة باللام بدون اضافة وفيه اجمال وقال العلامة الكاكي ويؤيد بان المراد فيه قيمة العبد اضيفت الى الخمر بادنى ملابسة وهو وجوبها عنه ذكر الخمر في البدل لكان وجها متكلفا انتهى

فليتأمل

وهذا لان المولى ما رضي بالنقصان والعبد رضي بالزيادة كيلا يبطل حقه في العتق اصلا
فيجب ما ذكرناه وفي الجامع اذا كاتبه على قيمته يعتق باداء القيمة لانه هو البدل فامكن اعتبار
معنى العقد فيه واثر الجهالة في الفساد بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب لا يعتق باداء
ثوب لانه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف اجناسه فلا يثبت العتق بدون ارادته
قال وكذلك اذا كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز لانه لا يقدر على تسليمه ومراده
شيء يتعين بالتعيين حتى لو قال كاتبتك على هذه الالف من الدراهم وهي لغيره جاز
لانها لا تتعين في المعاوضات فيتعلق بدراهم دين في الذمة فيجوز وعن ابي حنيفة
رواه الحسن انه يجوز حتى اذا ملكه وسلم يعتق وان عجز يرد الى الرق لان المسمى مال
والقدرة على التسليم موهوم فاشبه الصداق قلنا العين في المعاوضة معقود عليه
والقدرة على المعقود عليه شرط الصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع بخلاف
الصداق في النكاح لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط فعلى ما هو تابع
فيه اولى فلو اجاز صاحب العين ذلك فعن محمد انه يجوز لانه يجوز البيع عند الاجازة
فالكتابة اولى وعن ابي حنيفة انه لا يجوز اعتبارا بحال عدم الاجازة على ما قال في الكتاب
والجامع بينهما انه لا يفيد ملك المكاسب وهو المقصود لانها تثبت للحاجة الى الاداء منها
ولا حاجة فيما اذا كان البدل عينا معينا والبيع فيه على ما بيناه وعن ابي يوسف انه يجوز
اجاز ذلك او لم يجز غير انه عند الاجازة يجب تسليم عينه وعند عدمها يجب تسليم قيمته كما
في النكاح والجامع صحة التسمية لكونه مالا ولو ملك المكاتب ذلك العين فعن ابي حنيفة
رواه ابو يوسف انه اذا اداه لا يعتق وعلى ظاهر الرواية لم ينعقد العقد الا اذا قال
اذا اديت الي فانت حر فحينئذ يعتق بحكم الشرط وهكذا عن ابي يوسف وعنه انه يعتق
قال ذلك او لم يقل لان العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالا فيعتق باداء
المشروط ولو كاتبه على عين في يد المكاتب ففيه روايتان وهي مسئلة الكتابة
على الاعيان وقد عرف ذلك في الاصل وقد ذكرناه والروايتين في كفاية المنتهى
قال وان كاتبه على مائة دينار على ان يرد المولى عليه عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة
عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف هي جائزة وتقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب
وعلى قيمة عبد وسط فيبطل منها حصة العبد ويكون مكاتبا بما بقي لان العبد المطلق
يصلح بدل الكتابة وينصرف الى الوسط فكذا يصلح مستثنى منه وهو الاصل في ابدال
العقود ولهما انه لا يستثنى العبد من الدنانير وانما يستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا

فكذلك مستثنى قال واذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة استحسانا
ومعناه ان يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة وينصرف الى الوسط ويجبر على قبول
القيمة وقد مر في النكاح اما اذا لم يبين الجنس مثل ان يقول دابة لا يجوز لانه يشمل اجناسا
فتفاحش الجهالة واذا بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل
في الكتابة فتعتبر جهالة البدل بجهالة الاجل فيه وقال الشافعي لا يجوز وهو القياس
لانه معاوضة فاشبه البيع ولنا انه معاوضة مال بغير مال او بمال لكن على وجه يسقط
الملك فيه فاشبه النكاح والجامع انه يبتني على المسامحة بخلاف البيع لانه مبني على المماكسة
قال واذا كاتب النصراني عبده على خمر فهو جائز معناه اذا كان مقدارا معلوما والعبد
كافر لانها مال في حقهم بمنزلة الخل في حقنا وايهما اسلم فللمولى قيمة الخمر لان المسلم ممنوع
عن تمليك الخمر وتملكه وفي التسليم ذلك اذ الخمر غير معين فيعجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمته
وهذا بخلاف ما اذا تبايع الذميان خمرا ثم اسلم احدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض
لان القيمة تصلح بدلا في الكتابة في الجملة فانه لو كاتب على وصيف واتى بالقيمة يجبر
على القبول فجاز ان يبقى العقد على القيمة اما البيع فلا ينعقد صحيحا على القيمة فافترقا
قال فاذا قبضها عتق لان في الكتابة معنى المعاوضة فاذا وصل احد العوضين الى المولى
سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما اذا كان العبد مسلما حيث لم تجز الكتابة
لان المسلم ليس من اهل التزام الخمر ولو اداها عتق وقد بيناه من قبل

باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله

قال ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر لان موجب الكتابة ان يصير
حرا يدا وذلك بمالكية التصرف مستبدا به تصرفا يوصله الى مقصوده وهو نيل الحرية
باداء البدل والبيع والشراء من هذا القبيل وكذا السفر لان التجارة ربما لا تتفق في
الحضر فيحتاج الى المسافرة ويملك البيع بالمحاباة لانه من صنيع التجار فان التاجر
قد يحابي في صفقة ليربح في اخرى قال فان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة فله ان
يخرج استحسانا لان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد
وثبوت الاختصاص فبطل الشرط وصح العقد لانه شرط لم يتمكن في صلب العقد
وبمثله لا تفسد الكتابة وهذا لان الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فالحقناه بالبيع
في شرط تمكن في صلب العقد كما اذا شرط خدمة مجهولة لانه في البدل وبالنكاح في شرط
لم يتمكن في صلبه هذا هو الاصل ونقول ان الكتابة في جانب العبد اعتاق لانه اسقاط
الملك وهذا الشرط يخص العبد فاعتبر اعتاقا في حق هذا الشرط والاعتاق لا يبطل

بالشروط الفاسدة قال ولا يتزوج الا باذن المولى لان الكتابة فك الحجر مع قيام الملك
ضرورة التوسل الى المقصود والتزوج ليس وسيلة اليه ويجوز باذن المولى لان الملك له
ولا يهب ولا يتصدق الا بالشيء اليسير لان الهبة والصدقة تبرع وهو غير مالك ليملكه
الا ان الشيء اليسير من ضرورات التجارة لانه لا يجد بدا من ضيافة واعارة ليجتمع عليه
المجاهزون ومن ملك شيئا ملك ما هو من ضروراته وتوابعه ولا يتكفل لانه تبرع محض
فليس من ضرورات التجارة والاكتساب ولا يملكه بنوعيه نفسا ومالا لان كل ذلك
تبرع ولا يقرض لانه تبرع ليس من توابع الاكتساب فان وهب على عوض لم يصح
لانه تبرع ابتداء فان زوج امته جاز لانه اكتساب للمال فانه يتملك به المهر فدخل
تحت العقد قال وكذلك ان كاتب عبده والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر والشافعي
لان مآله العتق والمكاتب ليس من اهله كالاعتاق على مال وجه الاستحسان انه عقد
اكتساب للمال فيملكه كتزويج الامة وكالبيع وقد يكون هو انفع له من البيع لانه
لا يزيل الملك الا بعد وصول البدل اليه والبيع يزيله قبله ولهذا يملكه الاب والوصي
ثم هو يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له بخلاف الاعتاق على مال لانه يوجب فوق ما هو
ثابت له قال فان ادى الثاني قبل ان يعتق الاول فولاؤه للمولى لان له فيه نوع ملك
وتصح اضافة الاعتاق اليه في الجملة فاذا تعذر اضافته الى مباشر العقد لعدم الاهلية
اضيف اليه كما في العبد اذا اشترى شيئا فلو ادى الاول بعد ذلك وعتق لا ينتقل
الولاء اليه لان المولى جعل معتقا والولاء لا ينتقل عن المعتق وان ادى الثاني بعد
عتق الاول فولاؤه له لان العاقد من اهل ثبوت الولاء وهو الاصل فيثبت له
قال وان اعتق عبده على مال او باعه من نفسه او زوج عبده لم يجز لان هذه الاشياء
ليست من الكسب ولا من توابعه اما الاول فلانه اسقاط الملك عن رقبته واثبات
الدين في ذمة المفلس وكذا الثاني لانه اعتاق على مال في الحقيقة واما الثالث فلانه
تنقيص للعبد وتعييب له وشغل رقبته بالمهر والنفقة بخلاف تزويج الامة لانه اكتساب
لاستفادته المهر على ما مر قال وكذلك الاب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب
لانهما يملكان الاكتساب كالمكاتب ولان في تزويج الامة والكتابة نظرا له
ولا نظر فيما سواهما والولاية نظرية قال فاما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك
عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف له ان يزوج امته وعلى هذا الخلاف المضارب
والمفاوض والشريك شركة عنان وهو قاسه على المكاتب واعتبره بالاجارة

ولهما ان المأذون له يملك التجارة وهذا ليس بتجارة فاما المكاتب يملك الاكتساب وهذا
اكتساب ولانه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة اذ هي مبادلة
المال بالمال ولهذا لا يملك هؤلاء كلهم تزويج العبد فصل واذا اشترى
المكاتب اباه او ابنه دخل في كتابته لانه من اهل ان يكاتب وان لم يكن من اهل
الاعتاق فيجعل مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر الامكان الا يرى ان الحر متى كان
يملك الاعتاق يعتق عليه وان اشترى ذا رحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل في كتابته
عند ابي حنيفة وقالا يدخل اعتبارا بقرابة الولاد اذ وجوب الصلة ينتظمهما ولهذا
لا يفترقان في الحر في حق الحرية وله ان للمكاتب كسبا لا ملكا غير ان الكسب يكفي للصلة
في الولاد حتى ان القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكفي في غيرها
حتى لا يجب نفقة الاخ الا على الموسر ولان هذه قرابة توسطت بين بني الاعمام
وقرابة الولاد فالحقناها بالثاني في العتق وبالاول في الكتابة وهذا اولى
من القلب لان العتق اسرع نفوذا من الكتابة حتى ان احد الشريكين اذا كاتب كان للآخر
فسخه واذا اعتق لا يكون له فسخه قال واذا اشترى ام ولده دخل ولدها في الكتابة
ولم يجز بيعها ومعناه اذا كان معها ولدها اما دخول الولد في الكتابة فلما
ذكرنا واما امتناع بيعها فلانها تبع للولد في هذا الحكم قال عليه السلام اعتقها
ولدها وان لم يكن معها ولد فكذلك الجواب في قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله
خلافا لابي حنيفة وله ان القياس ان يجوز بيعها وان كان معها ولد لان كسب
المكاتب موقوف فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ الا انه ثبت هذا الحق فيما اذا كان
معها ولد تبعا لثبوته في الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت ثبت ابتداء
والقياس ينفيه وان ولد له ولد من ام ولد له دخل في كتابته لما بينا في المشترى وكان
حكمه كحكمه وكسبه له لان كسب الولد كسبه ويكون كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع
بالدعوة اختصاصه وكذلك اذا ولدت المكاتبة ولدا لان حق امتناع البيع ثابت
فيها مؤكدا فيسري الى الولد كالتدبير والاستيلاد قال ومن زوج امته من عبده ثم كاتبهما
فولدت منه ولدا دخل في كتابتها وكان كسبه لها لان تبعية الام ارجح ولهذا
يتبعها في الرق والحرية قال وان تزوج المكاتب باذن مولاه امراة زعمت انها
حرة فولدت منه ثم استحقت فاولادها عبيد ولا ياخذهم بالقيمة وكذلك العبد
يأذن له المولى بالتزويج وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد اولادها احرار

بالقيمة لانه شارك الحي في سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور وهذا لانه ما رغب في نكاحها
الا لينال حرية الاولاد وقيل انه مولود بين رقيقين فيكون رقيقا وهذا لان الاصل
ان الولد يتبع الام في الرق والحرية خالفنا هذا الاصل في الحر باجماع الصحابة رضي الله
عنهم وهذا ليس في معناه لان حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة وههنا بقيمة متاخرة
الى ما بعد العتاق فبقي على الاصل ولا يلحق به قال وان وطئ المكاتب امة على وجه
الملك بغير اذن المولى ثم استحقت فعليه العقر يؤخذ به في الكتابة وان وطئها على
وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق وكذلك المأذون له ووجه الفرق ان في الفصل الاول
ظهر الدين في حق المولى لان التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة وهذا العقر
من توابعها لانه لولا الشراء لما سقط الحد وما لم يسقط الحد لا يجب العقر اما لم يظهر
في الفصل الثاني لان النكاح ليس من الاكتساب في شيء فلا ينتظمه الكتابة كالكفالة
قال واذا اشترى المكاتب جارية شراء فاسدا ثم وطئها فردها اخذ بالعقر في الكتابة
وكذلك العبد المأذون له لانه من باب التجارة فان التصرف تارة يقع صحيحا ومرة يقع
فاسدا والكتابة والاذن ينتظمانه بنوعيه كالتوكيل فكان ظاهرا في حق المولى

فصل واذا ولدت المكاتبة من المولى فهي بالخيار ان شاءت مضت
على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت ام ولد له لانه تلقتها جهتا حرية
عاجل ببدل وآجل بغير بدل فتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى وهو حر لان
المولى يملك الاعتاق في ولدها وما له من الملك يكفي لصحة الاستيلاد بالدعوة واذا
مضت على الكتابة اخذت العقر من مولاها لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ما
قدمناه ثم ان مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة وان ماتت
هي وتركت مالا تؤدى منه مكاتبتها وما بقي ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة
فان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر ولو ولدت ولدا آخر لم يلزم المولى
الا ان يدعي لحرمة وطئها عليه فلو لم يدع وماتت من غير وفاء يسعى هذا الولد
لانه مكاتب تبعا لها فلو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية لانه بمنز
لة ام الولد اذ هو ولدها فيتبعها قال واذا كاتب المولى ام ولده جاز لحاجتها
الى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما لانه تلقتها
جهتا حرية فان مات المولى عتقت بالاستيلاد لتعلق عتقها بموت السيد وسقط عنها
بدل الكتابة لان الغرض من ايجاب البدل العتق عند الاداء فاذا عتقت قبله لا يمكن

توفير

عاجلة وآجلة نه

توفير الغرض عليه فسقط وبطلت الكتابة لامتناع ابقائها من غير فائدة غير انه تسلم
لها الاكساب والاولاد لان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الاولاد
والاكساب لان الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه ولو ادت المكاتبة قبل موت
المولى عتقت بالكتابة لانها باقية قال وان كاتب مدبرته جاز لما ذكرنا من الحاجة
ولا تنافي اذ الحرية غير ثابتة وانما الثابت مجرد الاستحقاق وان مات المولى ولا
مال له غيرها فهي بالخيار بين ان تسعى في ثلثي قيمتها او جميع مال الكتابة وهذا عند
ابي حنيفة وقال ابو يوسف تسعى في الاقل منهما وقال محمد تسعى في الاقل من ثلثي قيمتها
وثلثي بدل الكتابة فالخلاف في الخيار والمقدار فابو يوسف مع ابي حنيفة في المقدار
ومع محمد في نفي الخيار اما الخيار ففرع تجزي الاعتاق وعنده لما تجزى بقي الثلثان
عبدا وقد تلقتها جهتا حرية ببدلين معجل بالتدبير ومؤجل بالكتابة فتخير وعندهما لما
عتق كلها بعتق بعضها فهي حرة ووجب عليها احد المالين فتختار الاقل لا محالة فلا معنى
للتخيير واما المقدار فلمحمد انه قابل البدل بالكل وقد سلم لها الثلث بالتدبير ومن المحال
ان يجب البدل بمقابلة ما سلم لها الا ترى انه لو سلم لها الكل بان خرجت من الثلث يسقط كل بدل
الكتابة فههنا يسقط الثلث فصار كما اذا تاخر التدبير عن الكتابة ولهما ان جميع البدل
مقابل بثلثي رقبتها فلا يسقط منه شيء وهذا لان البدل وان قوبل بالكل صورة
وصيغة لكنه مقيد بما ذكرنا معنى وارادة لانها استحقت حرية الثلث ظاهرا و
الظاهر ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته وصار كما اذا طلق امرأته
ثنتين ثم طلقها ثلاثا على الف كان جميع الالف بمقابلة الواحدة الباقية لدلالة
الارادة كذا ههنا بخلاف ما اذا تقدمت الكتابة وهي المسئلة التي تليه لان البدل
مقابل بالكل اذ لا استحقاق عنده في شيء فافترقا قال وان دبر مكاتبته صح التدبير
لما بينا ولها الخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت
مدبرة لان الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك فان مضت على كتابتها فمات
المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار ان شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة او ثلثي قيمتها
عند ابي حنيفة وقالا تسعى في الاقل منهما فالخلاف في هذا الفصل في الخيار بناء
على ما ذكرنا اما المقدار فمتفق عليه ووجهه ما بينا قال واذا اعتق المولى مكاتبه عتق
بعتقه لقيام ملكه فيه وسقط عنه بدل الكتابة لانه ما التزمه الا مقابلا بالعتق
وقد حصل له دونه فلا يلزمه والكتابة وان كانت لازمة في جانب المولى لكنه

اتنه
بدل نه
اذا م
تليه

يفسخ برضا العبد والظاهر رضاه توسلا الى عتقه بغير بدل مع سلامة الاكساب له لانا
نبقي الكتابة في حقه. قال وان كاتبه على الف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة
فهو جائز وفي القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال
فكان ربوا ولهذا لا يجوز مثله في الحر ومكاتب الغير. وجه الاستحسان ان الاجل في حق
المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا به فاعطي له حكم المال وبدل الكتابة
مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا فلا ربوا ولان عقد الكتابة عقد من وجه
دون وجه والاجل ربوا من وجه فيكون شبهة الشبهة بخلاف العقد بين الحرين لانه عقد
من كل وجه فكان ربوا والاجل فيه شبهة. قال واذا كاتب المريض عبده على الفي
الى سنة وقيمته الف درهم ثم مات ولا مال له غيره ولم تجز الورثة فانه يؤدي ثلثي
الالفين حالا والباقي الى اجله او يرد رقيقا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد
يؤدي ثلثي الالف حالا والباقي الى اجله لان له ان يترك الزيادة بان يكاتبه على قيمته
فله ان يؤخرها وصار كما اذا خالع المريض امرأته على الف الى سنة جاز لان له ان يطلقها
بغير بدل. ولهما ان جميع المسمى بدل الرقبة حتى اجري عليها احكام الابدال وحق الورثة
متعلق بالمبدل فكذا بالبدل والتأجيل اسقاط معنى فيعتبر من ثلث جميع المال بخلاف
الخلع لان البدل فيه لا يقابل المال فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل فلا يتعلق بالبدل
ونظير هذا اذا باع المريض داره بثلاثة آلاف الى سنة وقيمتها الف ثم مات ولم تجز الورثة
فعندهما يقال للمشتري اد ثلثي جميع الثمن حالا والثلث الى اجله والا فانقض البيع
وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيما زاد عليه لما بينا من المعنى. قال وان كاتبه على الف
الى سنة وقيمته الفان ولم تجز الورثة ادى ثلثي القيمة حالا او يرد رقيقا في قولهم جميعا هنا
لان المحاباة ههنا في القدر والتأخير فاعتبر الثلث فيهما

باب من يكاتب عن العبد

واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم فان ادى عنه عتق وان بلغ
العبد فقبل فهو مكاتب وصورة المسئلة ان يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على الف درهم
على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا يعتق باداءه بحكم الشرط واذا
قبل العبد صار مكاتبا لان الكتابة كانت موقوفة على اجازته وقبوله اجازة ولو
لم يقل على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فادى لا يعتق قياسا لانه لا شرط والعقد
موقوف على اجازة العبد وفي الاستحسان يعتق لانه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق
باداء القابل فيصح في حق هذا الحكم ويتوقف في حق لزوم الالف على العبد وقيل هذه

في لزوم الالف على العبد

هي صورة مسئلة الكتاب. ولو ادى الحر البدل لا يرجع على العبد لانه متبرع. قال واذا كاتب
العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه وهو غائب فان ادى الشاهد او الغائب عتقا ومعنى المسئلة
ان يقول العبد كاتبني بالف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب وهذه كتابة جائزة
استحسانا وفي القياس يصح على نفسه لولايته عليها ويتوقف في حق الغائب لعدم
الولاية عليه. وجه الاستحسان ان الحاضر باضافة العقد الى نفسه ابتداء جعل نفسه
اصلا والغائب تبعا والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت دخل
اولادها في كتابتها تبعا حتى عتقوا باداءها وليس عليهم من البدل شيء واذا امكن
تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به الحاضر فله ان يأخذ بكل البدل لان البدل عليه لكونه
اصلا فيه ولا يكون على الغائب من البدل شيء لانه تبع فيه. قال وايهما ادى عتقا ويجبر
المولى على القبول اما الحاضر فلان البدل عليه واما الغائب فلانه ينال به شرف
الحرية وان لم يكن البدل عليه وصار كمعير الرهن اذا ادى الدين يجبر المرتهن على القبول
لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن الدين عليه. قال وايهما ادى لا يرجع على صاحبه
لان الحاضر قضى دينا عليه والغائب متبرع به غير مضطر اليه وليس للمولى ان يأخذ
العبد الغائب بشيء لما بينا. فان قبل العبد الغائب او لم يقبل فليس ذلك منه بشيء والكتابة
لازمة للشاهد لان الكتابة نافذة عليه من غير قبول الغائب فلا تتغير بقبوله كمن كفل
عن غيره بغير امره فبلغه فاجازه لم يتغير حكمه حتى لو ادى لا يرجع عليه كذا هذا
قال واذا كاتبت الامة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين فهو جائز وايهم ادى لم
يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون لانها جعلت نفسها اصلا في الكتابة
واولادها تبعا على ما بينا في المسئلة الاولى وهي اولى بذلك من الاجنبي والله اعلم

باب كتابة العبد المشترك

واذا كان العبد بين رجلين اذن احدهما لصاحبه
ان يكاتب نصيبه بالف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الالف
ثم عجز فالمال للذي قبض عند ابي حنيفة وقالا هو مكاتب بينهما وما ادى فهو بينهما واصله
ان الكتابة تتجزى عنده خلافا لهما بمنزلة العتق لانها تفيد الحرية من وجه فتقتصر
على نصيبه عنده للتجزي وفائدة الاذن ان لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذا
لم ياذن واذنه له بقبض البدل اذن للعبد بالاداء فيكون متبرعا بنصيبه عليه فلهذا
كان كل المقبوض له وعندهما الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزي
فهو اصيل في النصف ووكيل في النصف فهو مكاتب بينهما والمقبوض مشترك بينهما

الغائب

وان كاتب عبدين كتابة واحدة بالف ان اداه عتقا وان عجزا ردا في الرق [illegible]

يبقى كذلك بعد العجز قال واذا كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطئها احدهما فجاءت
بولد فادعاه ثم وطئها الاخر فجاءت بولد فادعاه ثم عجزت فهي ام ولد للاول
لانه لما ادعى احدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك له فيها وصار نصيبه ام ولد له
لان المكاتبة لا تقبل النقل من ملك الى ملك فتقتصر امومية الولد على نصيبه كما في المدبرة
المشتركة واذا ادعى الثاني ولدها الاخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا ثم اذا عجزت
بعد ذلك جعلت الكتابة كان لم تكن وتبين ان الجارية كلها ام ولد للاول لانه زال
المانع من الانتقال ووطؤه سابق ويضمن نصف قيمتها لانه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد
ونصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ويضمن شريكه كمال عقرها وقيمة الولد ويكون ابنه
لانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا وولد المغرور ثابت النسب
حر بالقيمة على ما عرف لكنه وطئ ام ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر وايهما دفع العقر
الى المكاتبة جاز لان الكتابة مادامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وابدالها
واذا عجزت ترد الى المولى لظهور اختصاصه وهذا الذي ذكرنا كله قول ابي حنيفة وقال
ابو يوسف ومحمد هي ام ولد للاول ولا يجوز وطء الاخر لانه لما ادعى الاول الولد صار
كلها ام ولد له لان امومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما امكن وقد امكن بفسخ الكتابة
لانها قابلة للفسخ فيفسخ فيما لا تتضرر به المكاتبة وتبقى الكتابة فيما وراءه بخلاف التدبير
لانه لا يقبل الفسخ وبخلاف البيع لان في تجويزه ابطال الكتابة اذ المشتري لا يرضى
ببقائه مكاتبا واذا صار كلها ام ولد له فالثاني وطئ ام ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه
ولا يكون حرا عليه بالقيمة غير انه لا يجب عليه الحد للشبهة ويلزمه جميع العقر لان الوطء
لا يعرى عن احدى الغرامتين واذا بقيت الكتابة وصار كلها مكاتبة له قيل يجب عليها
نصف بدل الكتابة لان الكتابة انفسخت فيما لا تتضرر به المكاتبة ولا تتضرر بسقوط
نصف البدل وقيل يجب كل البدل لان الكتابة لم تنفسخ الا في حق التملك ضرورة فلا تظهر
في حق سقوط نصف البدل وفي ابقائه في حقه نظر للمولى وان كان لا تتضرر
المكاتبة بسقوطه والمكاتبة هي التي تعطى العقر لاختصاصها بابدال منافعها ولو
عجزت وردت في الرق ترد الى المولى لظهور اختصاصه على ما بينا قال ويضمن
الاول لشريكه في قياس قول ابي يوسف نصف قيمتها مكاتبة لانه تملك نصيب شريكه
وهي مكاتبة فيضمنه موسرا كان او معسرا لانه ضمان التملك وفي قول محمد يضمن الاقل
من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار

العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فلتردده بينهما يجب اقلهما قال وان كان
الثاني لم يطأها ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير لانه لم يصادف الملك اما عندهما
فظاهر لان المستولد تملكها قبل العجز واما عند ابي حنيفة فلانه بالعجز تبين انه تملك
نصيبه من وقت الوطء فتبين انه صادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك بخلاف
النسب لانه يعتمد الغرور على ما مر قال وهي ام ولد للاول لانه تملك نصيب شريكه
وكمل الاستيلاد على ما بينا ويضمن لشريكه نصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ونصف
قيمتها لانه تملك نصفها بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة والولد ولد الاول لانه صحت
دعوته لقيام المصحح وهذا قولهم جميعا ووجهه ما بينا قال وان كانا كاتباها ثم اعتقها
احدهما وهو موسر ثم عجزت ضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند
ابي حنيفة وقالا لا يرجع عليها لانها لما عجزت وردت في الرق تصير كانها لم تزل قنة
والجواب فيه على الخلاف في الرجوع وفي الخيارات وغيرها كما هو مسئلة تجزي الاعتاق
وقد قررناه في العتاق فاما قبل العجز ليس له ان يضمن المعتق عند ابي حنيفة لان الاعتاق
لما كان يتجزى عنده كان اثره ان يجعل نصيب غير المعتق كالمكاتب فلا يتغير به نصيب صاحبه
لانها مكاتبة قبل ذلك وعندهما لما كان لا يتجزى يعتق الكل فله ان يضمنه قيمة نصيبه مكاتبا
ان كان موسرا ويستسعى العبد ان كان معسرا لانه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار
قال واذا كان العبد بين رجلين دبره احدهما ثم اعتقه الاخر وهو موسر فان شاء
الذي دبره ضمن المعتق نصف قيمته وان شاء استسعى العبد وان شاء اعتق وان اعتقه احدهما
ثم دبره الاخر لم يكن له ان يضمن المعتق ويستسعى او يعتق وهذا عند ابي حنيفة ووجهه ان التدبير
يتجزى عنده فتدبير احدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الاخر فيثبت له خيرة
الاعتاق والتضمين والاستسعاء كما هو مذهبه فاذا اعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء
كما هو مذهبه واعتاقه يقتصر على نصيبه لانه يتجزى عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه
فله ان يضمنه قيمة نصيبه وله خيار العتق والاستسعاء ايضا كما هو مذهبه ويضمنه قيمة نصيبه
مدبرا لان الاعتاق صادف المدبر ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين وقيل يجب
ثلثا قيمته وهو قن لان المنافع انواع ثلثة البيع واشباهه والاستخدام وامثاله والاعتاق
وتوابعه والفائت البيع فيسقط الثلث واذا ضمنه لا يتملكه بالضمان لانه لا يقبل الانتقال
من ملك الى ملك كما اذا غصب مدبرا فابق وان اعتقها احدهما اولا كان للاخر الخيارات
عنده فاذا دبره لم يبق له خيار التضمين وبقي خيار الاعتاق والاستسعاء لان المدبر

لان المدبر يعتق بالسعاية وقال ابو يوسف ومحمد اذا دبره احدهما فعتق الآخر باطل لانه لا يتجزى
عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسرا كان او معسرا لانه ضمان تملك
فلا يختلف باليسار والاعسار ويضمن نصف قيمته قنا لانه صادفه التدبير وهو قن وان
اعتقه احدهما فتدبير الآخر باطل لان الاعتاق لا يتجزى عندهما فعتق كله فلم يصادف
التدبير الملك وهو يتجزى ويضمن نصف قيمته ان كان موسرا ويسعى العبد في ذلك ان كان
معسرا لان هذا ضمان الاعتاق فيختلف باليسار والاعسار عندهما والله تعالى اعلم

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

قال واذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله فان
كان له دين يقبضه او مال يقدم عليه لم يعجل بتعجيزه وانتظر عليه اليومين او الثلاثة
نظرا للجانبين والثلاثة هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع و
المديون للقضاء فلا يزاد عليه فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ
الكتابة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول
علي رضي الله تعالى عنه اذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط
ولانه عقد ارفاق حتى كان احسنه مؤجله وحالة الوجوب بعد حلول النجم فلا بد
من امهال مدة استيسارا واولى المدد ما توافق عليه العاقدان ولهما ان سبب
الفسخ قد تحقق وهو العجز لان من عجز عن اداء نجم واحد يكون اعجز عن اداء نجمين وهذا
لان مقصود المولى الوصول الى المال عند حلول النجم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن راضيا
بدونه بخلاف اليومين والثلاثة لانه لا بد منها لامكان الاداء فلم يكن تاخيرا و
الآثار متعارضة فان المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان مكاتبة له عجزت عن نجم فردها
فسقط الاحتجاج بها قال فان اخل بنجم عند غير السلطان فعجز فرده مولاه برضاه
فهو جائز لان الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر فبعذر اولى ولو لم يرض به العبد
لا بد من القضاء بالفسخ لانه عقد لازم تام فلا بد من القضاء او الرضا كالرد بالعيب
بعد القبض قال واذا عجز المكاتب عاد الى احكام الرق لانفساخ الكتابة وما كان
في يده من الاكساب فهو لمولاه لانه ظهر انه كسب عبده وهذا لانه كان موقوفا عليه
او على مولاه وقد زال التوقف قال فان مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة
وقضي ما عليه من ماله وحكم بعتقه في آخر جزء من اجزاء حيوته وما بقي فهو ميراث
لورثته ويعتق اولاده وهذا قول علي وابن مسعود رضي الله تعالى عنهم وبه اخذ علماؤنا
وقال الشافعي تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه لمولاه وامامه في ذلك زيد بن

ثابت

ثابت ولان المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فتبطل وهذا لانه لا يخلو
اما ان يثبت بعد الممات مقصودا او يثبت قبله او بعده مستندا لا وجه الى الاول
لعدم المحلية ولا الى الثاني لفقد الشرط وهو الاداء ولا الى الثالث لتعذر الثبوت
في الحال والشيء يثبت ثم يستند ولنا انه عقد معاوضة ولا يبطل بموت احد المتعاقدين
وهو المولى فكذا بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لاحياء الحق بل
اولى لان حقه آكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه والموت انفى للمالكية منه
للمملوكية فينزل حيا تقديرا او تستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت ويكون
اداء خلفه كادائه وكل ذلك ممكن على ما عرف تمامه في الخلافيات قال فان لم يترك
وفاء وترك ولدا مولودا في الكتابة سعى في كتابة ابيه على نجومه فاذا ادى حكمنا بعتق
ابيه قبل موته وعتق الولد لان الولد داخل في كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه في الاداء
وصار كما اذا ترك وفاء وان ترك ولدا مشترى في الكتابة قيل له اما ان تؤدي الكتابة
حالة او ترد رقيقا وهذا عند ابي حنيفة اما عندهما فيؤديه الى اجله اعتبارا بالولد
المولود في الكتابة والجامع بينهما انه يكاتب عليه تبعا له ولهذا يملك المولى اعتاقه
بخلاف سائر اكسابه ولابي حنيفة وهو الفرق بين الفصلين ان الاجل يثبت شرطا
في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشترى لم يدخل لانه لم يضف اليه العقد
ولا يسري حكمه اليه لانفصاله بخلاف المولود في الكتابة لانه متصل به وقت
الكتابة فيسري الحكم اليه وحيث دخل في حكمه سعى في نجومه فان اشترى ابنه ثم مات
وترك وفاء ورثه ابنه لانه لما حكم بحريته في آخر جزء من اجزاء حيوته يحكم
بحرية ابنه في ذلك الوقت لانه تبع لابيه في الكتابة فيكون هذا حرا يرث عن حر و
كذلك ان كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة لان الولد ان كان صغيرا فهو تبع لابيه
وان كان كبيرا جعلا كشخص واحد فاذا حكم بحرية الاب يحكم بحريته في تلك الحالة
قال وان مات المكاتب وله ولد من حرة وترك دينا وفاء بمكاتبته فجنى
الولد فقضي به على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب لان هذا القضاء
يقرر حكم الكتابة لان من قضيتها الحاق الولد بموالي الام وايجاب العقل عليهم لكن على
وجه يحتمل ان يعتق فينجر الولاء الى موالي الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزا
وان اختصم موالي الام وموالي الاب في ولائه فقضي به لموالي الام فهو قضاء بالعجز
لان هذا اختلاف في الولاء مقصودا وذلك يبتني على بقاء الكتابة وانتقاضها فان

اذا نسبت مات عبدا فاستقر الولاء على موالي الام واذا بقيت واتصل بها الاداء مات
حرا واستقر الولاء الى موالي الاب وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ ما يلاقيه من القضاء
فلهذا كان مجتهدا قال وما ادى المكاتب من الصدقات الى مولاه ثم عجز فهو طيب
للمولى لتبدل الملك فان العبد يتملكه صدقة والمولى عوضا عن العتق واليه وقعت
الاشارة النبوية في حديث بريرة رضي الله تعالى عنها هي لها صدقة ولنا هدية وهذا
بخلاف ما اذا اباح للغني والهاشمي لان المباح له يتناوله على ملك المبيح ونظيره المشتري
شراء فاسدا اذا اباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه يطيب له ولو عجز قبل الاداء الى المولى
فكذلك الجواب فهذا عند محمد ظاهر لانه لا يتبدل الملك عنده وكذا عند ابي يوسف
وان كان لا يتبدل الملك عنده لانه لا خبث في نفس الصدقة وانما الخبث في فعل
الاخذ لكونه اذلالا به ولا يجوز ذلك للغني من غير حاجة وللهاشمي لزيادة حرمته
والاخذ لم يوجد من المولى فصار كابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى
وقد بقي في ايديهما ما اخذا من الصدقة تطيب لهما وعلى هذا اذا اعتق المكاتب واستغنى
تطيب له ما بقي من الصدقة في يده قال واذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية
ثم عجز فانه يدفع او يفدي لان هذا موجب جناية العبد في الاصل ولم يكن عالما
بالجناية عند الكتابة حتى يصير مختارا للفداء الا ان الكتابة مانعة من الدفع فاذا زال
عاد الحكم الاصلي وكذلك اذا جنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز لما بينا من زوال المانع
وان قضي به عليه في كتابته ثم عجز فهو دين يباع فيه لانتقال الحق من الرقبة الى
قيمته بالقضاء وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقد رجع ابو يوسف اليه وكان يقول اولا يباع
فيه وان عجز قبل القضاء وهو قول زفر لان المانع من الدفع وهو الكتابة قائمة
وقت الجناية فكما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما في جناية المدبر وام الولد ولنا ان المانع
قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء او الرضا
كالعبد المبيع اذا ابق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده
كذا هذا بخلاف التدبير والاستيلاد لانهما لا يقبلان الزوال بحال قال واذا
مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة كيلا يؤدي الى ابطال حق المكاتب اذ الكتابة
سبب الحرية وسبب حق المرء حقه وقيل له اد المال الى ورثة المولى على نجومه لانه
استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير الا ان
الورثة يخلفونه في الاستيفاء فان اعتقه احد الورثة لم ينفذ عتقه لانه لم يملكه

فيه لان المكاتب لا يملك بسائر اسباب الملك فكذا بسبب الوراثة وان اعتقوه جميعا عتق
وسقط عنه بدل الكتابة لانه يصير ابراء عن بدل الكتابة لانه حقهم وقد جرى فيه
الارث واذا برئ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق كما اذا ابراه المولى الا انه اذا
اعتقه احد الورثة لا يصير ابراء عن نصيبه لانا نجعله ابراء اقتضاء تصحيحا للعتق
والاعتاق لا يثبت بابراء البعض او ادائه في المكاتب لا في بعضه ولا في كله ولا وجه
الى ابراء الكل لحق بقية الورثة

كتاب الولاء

الولاء نوعان ولاء
عتاقة ويسمى ولاء نعمة وسببه العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة
كان الولاء له وولاء موالاة وسببه العقد ولهذا يقال ولاء العتاقة وولاء
الموالاة والحكم يضاف الى سببه والمعنى فيهما التناصر وكانت العرب تتناصر باشياء
وقرر النبي صلى الله تعالى عليه وسلم تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال ان مولى القوم منهم
وحليفهم منهم والمراد بالحليف مولى الموالاة لانهم كانوا يؤكدون الموالاة
بالحلف قال واذا اعتق المولى مملوكه فولاؤه له لقوله عليه السلام الولاء لمن
اعتق ولان التناصر به فيعقله وقد احياه معنى بازالة الرق عنه فيرثه ويصير
الولاء كالولاد ولان الغنم بالغرم وكذلك المرأة تعتق لما روينا ومات معتق
لابنة حمزة رضي الله تعالى عنهما فجعل النبي عليه السلام المال بينهما نصفين ويستوي فيه
الاعتاق بمال وبغيره لاطلاق ما ذكرنا قال فان شرط انه سائبة فالشرط
باطل والولاء لمن اعتق لان الشرط مخالف للنص فلا يصح قال واذا ادى المكاتب
عتق وولاؤه للمولى وان عتق بعد موت المولى فكذلك لانه عتق عليه بما باشر
من السبب وهو الكتابة وقد قررناه في المكاتب وكذا العبد الموصى بعتقه او بشرائه
وعتقه بعد موته لان فعل الوصي بعد موته كفعله والتركة على حكم ملكه وان مات
المولى عتق مدبروه وامهات اولاده لما بينا في العتاق وولاؤهم له لانه
اعتقهم بالتدبير والاستيلاد ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه لما بينا في العتاق
وولاؤه له لوجود السبب وهو العتق عليه واذا تزوج عبد رجل امة لآخر
فاعتق مولى الامة الامة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها والولاء
للحمل لمولى الام لا ينتقل عنه ابدا لانه عتق على معتق الام مقصودا اذ هو جزء
منها يقبل الاعتاق مقصودا فلا ينتقل ولاؤه عنه عملا بما روينا وكذا اذا
ولدت ولدا لاقل من ستة اشهر للتيقن بقيام الحمل وقت الاعتاق او ولدت ولدين احدهما

الا قل من ستة اشهر لانهم توأمان يتعلقان معاً وهذا بخلاف ما اذا ولدت ولداً وهي حبلى
والزوج والى غيره حيث يكون ولاء الولد لمولى الام لان الجنين غير بل لهذا الولد
مقصودا لان تمامه بالايجاب في القبول وهو ليس بمحل له قال فان ولدت بعد عتقها لاكثر
من ستة اشهر ولدا فولاؤه لمولى الام لانه عتق تبعا للام لاتصاله بها بعد العتق فيتبعها
في الولاء ولم يتيقن بقيامه وقت الاعتاق حتى يعتق مقصودا فان اعتق الاب
جر ولاء ابنه وانتقل عن مولى الام الى مولى الاب لان العتق هاهنا في الولد ثبت تبعا
بخلاف الاول وهذا لان الولاء بمنزلة النسب قال عليه الصلاة والسلام الولاء لحمة كلحمة النسب
لا يباع ولا يوهب ولا يورث ثم النسب الى الاباء فكذلك الولاء والنسبة الى موالي الام
كانت لعدم اهلية الاب ضرورة فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه بمنزلة ولد الملاعنة
ينسب الى قوم الام ضرورة فاذا اكذب الملاعن نفسه ينسب اليه بخلاف ما اذا اعتقت
المعتدة عن موت او طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت او الطلاق حيث
يكون الولد مولى لموالي الام وان اعتق الاب لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت
والطلاق البائن لحرمة الوطي وبعد الطلاق الرجعي لانه يصير مراجعا بالشك فاستند
الى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتاق فعتق مقصودا قال وفي الجامع الصغير
اذا تزوجت معتقة بعبد فولدت اولادا فجنى الاولاد فعقلهم على مولى الام لانهم
عتقوا تبعا لامهم ولا عاقلة لابيهم ولا مولى فالحقوا بموالي الام ضرورة كما في ولد
الملاعنة على ما ذكرنا فان اعتق الاب جر ولاء الاولاد الى نفسه لما بينا قال
ولا يرجعون على عاقلة الاب بما عقلوا لانهم حين عقلوا كان الولاء ثابتا لهم وانما
يثبت للاب مقصودا لان سببه مقصود وهو العتق بخلاف ولد الملاعنة اذا عقل عنه قوم
الام ثم اكذب الملاعن نفسه حيث يرجعون عليه لان النسب هناك يثبت مستندا
الى وقت العلوق وكانوا مجبورين على ذلك فيرجعون قال ومن تزوج من العجم
بمعتقة من العرب فولدت له اولادا فولاء اولادها لمواليها عند ابي حنيفة قال رضي
وهو قول محمد وقال ابو يوسف حكمه حكم ابيه لان النسب الى الاب كما اذا كان الاب عربيا
بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه هالك معنى ولهما ان ولاء العتاقة قوي معتبر
في حق الاحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب في حق العجم ضعيف فانهم ضيعوا
انسابهم ولهذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب والقوي لا يعارضه الضعيف
بخلاف ما اذا كان الاب عربيا لان انساب العرب قوية معتبرة في حكم الكفاءة والعقل

لما ان تناصرهم بها فاغنت عن الولاء قال رضي الله عنه الخلاف في مطلق المعتق والوضع
في معتقة العرب وقع اتفاقا وفي الجامع الصغير نبطي كافر تزوج بمعتقة ثم اسلم
النبطي ووالى رجلا ثم ولدت اولادا قال ابو حنيفة ومحمد مواليهم موالي امهم وقال
ابو يوسف مواليهم موالي ابيهم لان الولاء وان كان اضعف فهو من جانب الاب فصار كالمولود
بين واحد من الموالي وبين العربية ولهما ان ولاء الموالاة اضعف حتى يقبل الفسخ
وولاء العتاقة لا يقبله والضعيف لا يظهر في مقابلة القوي ولو كان الابوان
معتقين فالنسبة الى قوم الاب لانهما استويا والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب او لان
النصرة به اكثر قال وولاء العتاقة تعصيب وهو احق بالميراث من العمة والخالة لقوله
عليه السلام للذي اشترى عبدا فاعتقه هو اخوك ومولاك ان شكرك فهو خير له وشر لك
وان كفرك فهو خير لك وشر له ولو مات ولم يترك وارثا كنت انت عصبته وورث
ابنة حمزة رضي الله تعالى عنهما على سبيل العصوبة مع قيام وارث واذا كان عصبة تقدم
على ذوي الارحام وهو المروي عن علي رضي الله تعالى عنه فان كان للمعتق عصبة من النسب
فهو اولى لان المعتق آخر العصبات وهذا لان قوله عليه السلام ولم يترك وارثا قالوا
المراد منه وارث هو عصبة بدليل الحديث الثاني فتأخر عن العصبة دون ذوي الرحم قال
فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو اولى لما ذكرنا فان لم يكن له عصبة من النسب فميراثه
للمعتق تأويله اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال اما اذا كان فله الباقي بعد فرضه
لانه عصبة على ما روينا وهذا لان العصبة من يكون التناصر به لبيت النسبة وبالمولى
الانتصار على ما مر والعصبة تأخذ ما بقي فان مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبني
المولى دون بناته وليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن او
كاتبن او كاتب من كاتبن بهذا اللفظ ورد الحديث عن النبي صلى الله تعالى عليه وسلم وفي
آخره او جر ولاء معتقهن وصورة الجر قدمناها ولان ثبوت المالكية والقوة
في المعتق من جهتها فينسب بالولاء اليها وينسب اليها من ينسب الى مولاها بخلاف النسب
لان النسبة فيه للفراش وصاحب الفراش انما هو الزوج والمرأة مملوكة لا مالكة
وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بني المولى بل هو لعصبته الاقرب فالاقرب
لان الولاء لا يورث ويخلفه فيه من يكون النصرة به حتى لو ترك المولى ابا وابنا
فالولاء للابن عند ابي حنيفة ومحمد لانه اقربهما عصوبة وكذا الولاء للجد دون
الاخ عند ابي حنيفة لانه اقرب في العصوبة عنده وكذا الولاء لابن المعتقة حتى يرثه

الابن دون اخيها لما ذكرنا الا ان عقل جناية المعتق على اخيها لانه من قوم ابيها
وجنايته كجنايتها ولو ترك المولى ابنا واولاد ابن آخر معناه بني ابن آخر فميراث
المعتق للابن دون بني الابن لان الولاء للكبر هو المروي عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم
منهم علي وعمر وابن مسعود رضي الله عنهم ومعناه القرب على ما قالوا والصلبي اقرب والله اعلم

فصل في ولاء الموالاة

قال واذا اسلم رجل على يد رجل ووالاه على ان يرثه
ويعقل عنه او اسلم على يد غيره ووالاه فالولاء صحيح وعقله على مولاه فان مات ولا
وارث له غيره فميراثه للمولى وقال الشافعي الموالاة ليس بشيء لان فيه ابطال حق
بيت المال ولهذا لا يصح في حق وارث آخر ولهذا لا يصح عنده الوصية بجميع المال
وان لم يكن للموصي وارث لحق بيت المال وانما يصح في الثلث ولنا قوله تعالى والذين
عقدت ايمانكم فآتوهم نصيبهم والآية في الموالاة وسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن رجل اسلم على يد رجل آخر ووالاه فقال هو احق الناس به محياه ومماته وهذا
يشير الى العقل والارث في الحالتين هاتين ولان ماله حقه فيصرفه الى حيث يشاء
والصرف الى بيت المال ضرورة عدم المستحق لا انه يستحق قال وان كان له وارث فهو
اولى منه وان كانت عمة او خالة او غيرهما من ذوي الارحام لان الموالاة عقدهما
فلا يلزم غيرهما وذو الرحم وارث ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب
لانه بالالتزام وهو بالشرط ومن شرطه ان لا يكون المولى من العرب لان تناصرهم
بالقبائل فاغنى عن الموالاة قال وللمولى ان ينتقل عنه بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه
لانه عقد غير لازم بمنزلة الوصية وكذا للاعلى ان يتبرأ عن ولائه لعدم اللزوم الا
انه يشترط في هذا ان يكون بمحضر من الآخر كما في عزل الوكيل قصدا بخلاف ما اذا عقد
الاسفل مع غيره بغير محضر من الاول لانه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة قال
فاذا عقل عنه لم يكن له ان يتحول بولائه الى غيره لانه تعلق به حق الغير ولانه قضى به
القاضي ولانه بمنزلة عوض ناله كالعوض في الهبة وكذا لا يتحول ولده وكذا اذا
عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما ان يتحول لانهم في حق الولاء كشخص واحد قال
وليس لمولى العتاقة ان يوالي احدا لانه لازم ومع بقائه لا يظهر الادنى

كتاب الاكراه

الاكراه يثبت حكمه اذا حصل ممن يقدر على ايقاع ما
توعد به سلطانا كان او لصا لان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به
رضاه او يفسد به اختياره مع بقاء اهليته وهذا انما يتحقق اذا خاف المكره تحقيق
ما توعد به وذلك انما يكون من القادر والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة
والذي قاله ابو حنيفة ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان لما ان المنعة له والقدرة
لا تتحقق بدون المنعة فقد قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان
ولم تكن القدرة في زمنه الا للسلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان واهله ثم كما تشترط
قدرة المكره لتحقق الاكراه يشترط خوف المكره وقوع ما يهدد به وذلك بان يغلب
على ظنه انه يفعله ليصير به محمولا على ما دعي اليه من الفعل قال واذا اكره الرجل على بيع
ماله او على شراء سلعة او على ان يقر لرجل بالف او يواجر داره فاكره على ذلك بالقتل
او بالضرب الشديد او بالحبس فباع او اشترى فهو بالخيار ان شاء امضى البيع وان
شاء فسخه ورجع بالمبيع لان من شرط صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى الا
ان تكون تجارة عن تراض منكم والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضا فيفسد بخلاف
ما اذا اكره بضرب سوط او حبس يوم او قيد يوم لانه لا يبالي به بالنظر الى العادة
فلا يتحقق به الاكراه الا اذا كان الرجل صاحب منصب يعلم انه يستضر به لفوات
الرضا وكذا الاقرار حجة لترجح جنبة الصدق فيه على جنبة الكذب وعند الاكراه يحتمل
انه يكذب لدفع المضرة ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت به الملك عندنا وعند زفر
لا يثبت لانه بيع موقوف على الاجازة الا ترى انه لو اجاز جاز والموقوف قبل الاجازة
لا يفيد الملك ولنا ان ركن البيع صدر من اهله الى محله والفساد لفقد شرطه وهو
التراضي فصار كسائر الشروط المفسدة فيثبت الملك عند القبض حتى لو قبضه واعتقه
او تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جاز ويلزمه القيمة كما في سائر البياعات الفاسدة
وباجازة المالك يرتفع المفسد وهو الاكراه وعدم الرضا فيجوز الا انه لا ينقطع به
حق استرداد البائع وان تداولته الايدي ولم يرض البائع بذلك بخلاف سائر البياعات
الفاسدة لان الفساد فيها لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم
لحاجته اما هاهنا الرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني قال رحمه الله
ومن جعل البيع الجائز المعتاد فاسدا يجعله كبيع المكره حتى ينقض بيع المشتري
من غيره لان الفساد لفوات الرضا ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين ومنهم من جعله
باطلا اعتبارا بالهازل ومشايخ سمرقند رحمهم الله جعلوه بيعا جائزا مفيدا بعض الاحكام
على ما هو المعتاد للحاجة اليه قال فان كان قبض الثمن طوعا فقد اجاز البيع لانه دليل
الاجازة كما في البيع الموقوف وكذا اذا سلم طائعا بان كان الاكراه على البيع لا على

الدفع لانه دليل الاجازة بخلاف ما اذا اكره على الهبة ولم يذكر الدفع فوهب ودفع
حيث يكون باطلا لان مقصود المكره الاستحقاق لا مجرد اللفظ وذلك في الهبة
بالدفع وفي البيع بالعقد على ما هو الاصل فدخل الدفع في الاكراه على الهبة دون البيع
قال وان قبضه مكرها فليس ذلك باجازة وعليه رده ان كان قائما في يده لفساد
العقد قال وان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره ضمن قيمته للبائع معناه
والبائع مكره لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد وللمكره ان يضمن المكره ان شاء
لانه آلة له فيما يرجع الى الاتلاف فكانه دفع مال البائع الى المشتري فيضمن ايهما شاء
كالغاصب وغاصب الغاصب فلو ضمن المكره رجع على المشتري بالقيمة لقيامه مقام البائع
وان ضمن المشتري نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناسخته العقود لانه ملكه بالضمان
فظهر انه باع ملكه ولا ينفذ ما كان قبله لان الاستناد الى وقت قبضه بخلاف ما اذا
اجاز المالك المكره عقدا منها حيث يجوز ما قبله وما بعده لانه اسقط حقه وهو المانع
فعاد الكل الى الجواز

فصل

وان اكره على ان ياكل الميتة او يشرب الخمر
ان اكره على ذلك بحبس او ضرب او قيد لم يحل له الا ان يكره بما يخاف منه على نفسه
او على عضو من اعضائه فاذا خاف ذلك وسعه ان يقدم على ما اكره عليه وكذا على
هذا الدم ولحم الخنزير لان تناول هذه المحرمات انما يباح عند الضرورة كما في المخمصة
لقيام المحرم فيما وراءها ولا ضرورة الا اذا خاف على النفس او العضو حتى لو خيف
على ذلك بالضرب وغلب على ظنه يباح له ذلك ولا يسعه ان يصبر على ما توعد به
فان صبر حتى اوقعوا به ولم ياكل فهو آثم لانه لما ابيح كان بالامتناع معاونا
لغيره في هلاك نفسه فياثم كما في حالة المخمصة وعن ابي يوسف انه لا ياثم لانه رخصة
اذ الحرمة قائمة فكان آخذا بالعزيمة قلنا حالة الاضطرار مستثناة بالنص وهو
تكلم بالحاصل بعد الثنيا فلا محرم فكان اباحة لا رخصة الا انه انما ياثم اذا علم
بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء فيعذر بالجهل فيه كالجهل
بالخطاب في اول الاسلام او في دار الحرب قال وان اكره على الكفر بالله تعالى
او سب رسول الله صلى الله عليه وسلم بقيد او حبس او ضرب لم يكن ذلك اكراها
حتى يكره بامر يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه لان الاكراه بهذه الاشياء
ليس باكراه في شرب الخمر لما مر ففي الكفر وحرمته اشد اولى واحرى قال
واذا خاف ذلك وسعه ان يظهر ما امروه به ويوري فاذا اظهر ذلك وقلبه مطمئن

بالايمان فلا اثم عليه لحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه حيث ابتلي به وقد قال له النبي عليه السلام
كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان فقال عليه الصلاة والسلام فان عادوا فعد
وفيه نزل قوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان الاية ولان بهذا
الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق وفي الامتناع فوت النفس
حقيقة فيسعه الميل اليه قال فان صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان ماجورا
لان خبيبا رضي الله عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم
سيد الشهداء وقال في مثله هو رفيقي في الجنة ولان الحرمة باقية والامتناع لاعزاز
الدين عزيمة بخلاف ما تقدم للاستثناء قال وان اكره على اتلاف مال مسلم بامر
يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه وسعه ان يفعل ذلك لان مال الغير يستباح
للضرورة كما في حالة المخمصة وقد تحققت ولصاحب المال ان يضمن المكره لان
المكره آلة للمكره فيما يصلح آلة له والاتلاف من هذا القبيل وان اكره بقتل
على قتل غيره لم يسعه ان يقدم عليه ويصبر حتى يقتل فان قتله كان آثما لان قتل
المسلم مما لا يستباح لضرورة ما فكذا بهذه الضرورة قال والقصاص على المكره
ان كان عمدا قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال زفر يجب على المكره
وقال ابو يوسف لا يجب عليهما وقال الشافعي يجب عليهما لزفر ان الفعل من المكره
حقيقة وحسا وقرر الشرع حكمه عليه وهو الاثم بخلاف الاكراه على الاتلاف لانه
اسقط حكمه وهو الاثم فاضيف الى غيره وبهذا يتمسك الشافعي في
جانب المكره ويوجبه على المكره ايضا لوجود التسبيب الى القتل منه وللتسبيب في
هذا حكم المباشرة عنده كما في شهود القصاص ولابي يوسف ان القتل بقي مقصورا
على المكره من وجه نظرا الى التاثيم واضيف الى المكره من وجه نظرا الى الحمل فدخلت
الشبهة في كل جانب ولهما انه محمول على القتل بطبعه ايثارا لحياته فيصير آلة
للمكره فيما يصلح آلة له وهو القتل بان يلقيه عليه ولا يصلح آلة له في الجناية على دينه
فبقي الفعل مقصورا عليه في حق الاثم كما نقول في الاكراه على الاعتاق وفي اكراه المجوسي
على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل الى المكره في الاتلاف دون الذكاة حتى يحرم كذا هذا
قال وان اكرهه على طلاق امراته او على عتق عبده ففعل وقع ما اكره عليه عندنا خلافا للشافعي
وقد مر في الطلاق قال ويرجع على الذي اكرهه بقيمة العبد لانه صلح آلة له فيه من حيث
الاتلاف فانضاف اليه فله ان يضمنه موسرا كان او معسرا ولا سعاية على العبد لان

السعاية انما تجب للتخرج الى الحرية او لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما ولا يرجع المكره
على العبد بالضمان لانه مؤاخذ باتلافه قال ويرجع بنصف مهر المرأة ان كان قبل الدخول
وان لم يكن في العقد مسمى يرجع على المكره بما لزمه من المتعة لان ما عليه كان على شرف
السقوط بان جاءت الفرقة من قبلها وانما يتأكد بالطلاق فكان اتلافا للمال من هذا
الوجه فيضاف الى المكره من حيث انه اتلاف فيجب وان كان بعد الدخول لا لان المهر تقرر بالدخول
لا بالطلاق ولو اكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل جاز استحسانا لان
الاكراه يؤثر في فساد العقد والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة ويرجع على المكره
استحسانا لان مقصود المكره زوال ملكه اذا باشر الوكيل والنذر لا يعمل فيه الاكراه
لانه لا يحتمل الفسخ ولا رجوع على المكره بما لزمه لانه لا مطالب له في الدنيا فلا يطالب به
فيها وكذا اليمين والظهار لا يعمل فيهما الاكراه لعدم احتمالهما الفسخ وكذا الرجعة والايلاء
والفيء فيه باللسان لانها تصح مع الهزل والخلع من جانبه طلاق او يمين لا يعمل فيه الاكراه
فلو كان هو مكرها على الخلع دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام قال وان اكره
على الزنى وجب عليه الحد عند ابي حنيفة الا ان يكرهه السلطان وقال ابو يوسف ومحمد
لا يلزمه الحد واذا اكره على الكفر لم تبن امرأته منه لان الردة تتعلق بالاعتقاد الا ترى
لو كان قلبه مطمئنا بالايمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البينونة بالشك فان
قالت المرأة قد بنت منك وقال هو قد اظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايمان فالقول
قوله استحسانا لان اللفظ غير موضوع للفرقة وهي تتبدل بالاعتقاد ومع الاكراه لا يدل
على التبدل فكان القول قوله بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل
واحتمل رجحنا الاسلام في الحالين لانه يعلو ولا يعلى وهذا بيان الحكم اما فيما بينه وبين
الله تعالى اذا لم يعتقد فليس بمسلم ولو اكره على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم رجع لم يقتل
لتمكن الشبهة وهي دارئة للقتل ولو قال الذي اكره على اجراء كلمة الكفر اخبرت عن
امر ماض ولم اكن فعلت بانت منه حكما لا ديانة لانه اقر انه طائع باتيان ما لم يكره عليه
وحكم هذا الطائع ما ذكرناه ولو قال اردت ما طلب مني وقد خطر ببالي الخبر عما مضى
بانت ديانة وقضاء لانه مبتدئ بالكفر اقر انه هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره
وعلى هذا اذا اكره على الصلوة للصليب وسب محمد صلى الله تعالى عليه وسلم ففعل وقال
نويت به الصلوة لله ومحمدا آخر غير النبي بانت منه قضاء لا ديانة ولو صلى للصليب
وسب محمدا النبي صلى الله عليه وسلم وقد خطر بباله الصلوة لله تعالى وسب غير النبي بانت

ديانة وقضاء لما مر وقد قررناه زيادة على هذا في كفاية المنتهي والله تعالى اعلم

كتاب الحجر

قال الاسباب الموجبة للحجر ثلثة الصغر والرق والجنون
فلا يجوز تصرف الصغير الا باذن وليه ولا تصرف العبد الا باذن سيده ولا يجوز تصرف
المجنون المغلوب بحال اما الصغير فلنقصان عقله غير ان اذن الولي آية اهليته
والرق لرعاية حق المولى كيلا يتعطل منافع عبده ولا يملك رقبته بتعلق الدين به غير
ان المولى بالاذن رضي بفوات حقه والمجنون لا تجامعه الاهلية فلا يجوز تصرفه بحال
اما العبد اهل في نفسه والصبي يرتقب اهليته فلهذا وقع الفرق قال ومن باع من هؤلاء
شيئا او اشتراه وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار ان شاء اجازه اذا كان فيه
مصلحة وان شاء فسخه لان التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه وفي الصبي والمجنون نظرا
لهما فيتحرى مصلحتهما فيه ولا بد ان يعقل البيع ليوجد ركن العقد فينعقد موقوفا على
الاجازة والمجنون قد يعقل البيع ويقصده وان كان لا يرجح المصلحة على المفسدة
وهو المعتوه الذي يصلح وكيلا عن غيره كما بينا في الوكالة قال قيل التوقف عندكم في البيع
اما الشراء فالاصل فيه النفاذ على المباشر قلنا نعم اذا وجد نفاذا عليه كما في شراء الفضولي
وهنا لم يجد نفاذا لعدم الاهلية او لضرر المولى فوقفناه قال وهذه المعاني الثلثة توجب
الحجر في الاقوال دون الافعال لانه لا مرد لها لوجودها حسا ومشاهدة بخلاف الاقوال
لان اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه الا اذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرئ
بالشبهات كالحدود والقصاص فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون قال
والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما لما بينا ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما لقوله عليه السلام
كل طلاق واقع الا طلاق الصبي والمعتوه والاعتاق يتمحض مضرة ولا وقوف للصبي على
المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه
حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على اجازة ولا ينفذان بمباشرة الولي بخلاف سائر العقود
قال وان اتلفا شيئا لزمهما ضمانه احياء لحق المتلف عليه وهذا لان كون الاتلاف
موجبا لا يتوقف على القصد كالذي يتلف بانقلاب النائم عليه والحائط المائل بعد
الاشهاد بخلاف القول على ما بينا قال فاما العبد فاقراره نافذ في حق نفسه
لقيام اهليته غير نافذ في حق مولاه رعاية لجانبه لان نفاذه لا يعرى عن تعلق
الدين برقبته او كسبه وكل ذلك اتلاف ماله قال فان اقر بمال لزمه بعد الحرية لوجود
الاهلية وزوال المانع ولم يلزمه في الحال لقيام المانع وان اقر بحد او قصاص لزمه

في كمال انه يبتنى على اصل الحرية في حق الدم حتى لا يصح اقرار المولى عليه بذلك ويصح طلاقه لما روينا ولقوله عليه السلام لا يملك العبد والمكاتب شيا الا الطلاق ولانه عارف وجه المصلحة فيه فكان اهلا وليس فيه ابطال ملك المولى ولا تفويت منافعه فينفذ

باب الحجر للفساد

قال ابو حنيفة لا يحجر على الحر العاقل البالغ السفيه وتصرفه في ماله جائز وان كان مبذرا مسرفا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة وقال ابو يوسف ومحمد وهو قول الشافعي يحجر على السفيه ويمنع من التصرف في ماله لانه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبي بل اولى لان الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه حقيقته ولهذا منع عنه المال ثم هو لا يفيد بدون الحجر لانه يتلف بلسانه ما منع من يده ولابي حنيفة انه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشيد وهذا لان في سلب ولايته اهدار آدميته والحاقه بالبهائم وهو اشد ضررا من التبذير فلا يتحمل الاعلى لدفع الادنى حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطبب الجاهل والمفتي الماجن والمكاري المفلس جاز فيما يروى عنه اذ هو دفع الاعلى بالادنى ولا يصح القياس على منع المال لان الحجر ابلغ منه في العقوبة ولا على الصبي لانه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر عليه نظر له الشرع مرة باعطاء آلة القدرة والجري على خلافه لسوء اختياره ومنع المال مفيد لان غالب السفه في الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد واذا حجر القاضي عليه ثم رفع الى قاض آخر فابطل حجره واطلق عنه جاز لان الحجر منه فتوى وليس بقضاء الا يرى انه لم يوجد المقضي له والمقضي عليه ولو كان قضاء فنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الامضاء حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر الى القاضي الحاجر او الى غيره فقضى ببطلان تصرفه ثم رفع الى قاض آخر نفذ ابطاله لاتصال الامضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك

ثم عند ابي حنيفة اذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم اليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة فان تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه فاذا بلغ خمسا وعشرين سنة يسلم اليه ماله وان لم يؤنس منه الرشد وقالا لا يدفع اليه ماله ابدا حتى يؤنس منه رشده ولا يجوز تصرفه فيه لان علة المنع السفه فيبقى ما بقي العلة وصار كالصبا ولابي حنيفة ان منع المال عنه بطريق التاديب ولا يتادب بعد هذا ظاهرا وغالبا الا يرى انه قد يصير جدا في هذا السن فلا فائدة في المنع فلزم الدفع ولان المنع باعتبار اثر الصبا وهو في اوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع ولهذا قال ابو حنيفة لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع المال عنه لانه ليس باثر الصبا ثم لا يتاتى التفريع على قوله وانما التفريع على قول من يرى الحجر فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع توفيرا لفائدة الحجر عليه وان كان فيه مصلحة اجازه الحاكم لان ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم ناظرا له فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع ويقصده ولو باع قبل حجر القاضي جاز عند ابي يوسف لانه لا بد من حجر القاضي عنده لان الحجر دائر بين الضرر والنظر فلا بد من فعل القاضي وعند محمد لا يجوز لانه يبلغ محجورا عنده اذ العلة هي السفه بمنزلة الصبا وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها وان اعتق عبدا نفذ عتقه عندهما وعند الشافعي لا ينفذ والاصل عندهما ان كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر وما لا فلا لان السفيه في معنى الهازل من حيث ان الهازل يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله فكذلك السفيه والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه والاصل عنده ان الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعده شيء من تصرفاته الا الطلاق كالمرقوق والاعتاق لا يصح من الرقيق فكذا من السفيه واذا صح عندهما كان على العبد ان يسعى في قيمته لان الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا انه متعذر فيجب رد القيمة كما في الحجر على المريض وعن محمد انه لا تجب السعاية لانه لو وجبت انما تجب حقا لمعتقه والسعاية ما عهد وجوبها في الشرع الا لحق غير المعتق ولو دبر عبده جاز لانه يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته الا انه لا تجب السعاية ما دام المولى حيا لانه باق على ملكه واذا مات ولم يؤنس منه الرشد سعى في قيمته مدبرا لانه عتق بموته وهو مدبر فصار كما اذا اعتقه بعد التدبير ولو جاءت جاريته بولد فادعاه يثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية ام ولد له لانه محتاج الى ذلك لابقاء نسله فالحق بالمصلح في حقه وان لم يكن معها ولد وقال هذه ام ولدي كانت بمنزلة ام الولد لا يقدر على بيعها وان مات سعت في جميع قيمتها لانه كالاقرار بالحرية اذ ليس لها شهادة الولد بخلاف الفصل الاول لان الولد شاهد لها ونظيره المريض اذا ادعى ولد جاريته فهو على هذا التفصيل قال وان تزوج امراة جاز نكاحه لانه لا يؤثر فيه الهزل ولانه من حوائجه الاصلية وان سمى لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها لانه من ضرورات النكاح وبطل الفضل لانه لا ضرورة فيه وهو التزام بالتسمية ولا نظر له فيه فلم تصح الزيادة وصار كالمريض مرض الموت ولو طلقها قبل الدخول بها وجب لها

المنع

فيه م

ابو حنيفة م

سفها

والحجر للنظر م

النصف لأن التسمية صحيحة إلى مقدار مهر المثل وكذا إذا تزوج بأربع نسوة أو كل يوم واحدة
لما بينا قال ويخرج الزكاة من مال السفيه لأنها واجبة عليه وينفق على أولاده وزوجته ومن
تجب نفقته من ذوي أرحامه لأن إحياء ولده وزوجته من حوائجه والإنفاق على ذي الرحم
واجب عليه حقا لقرابته والسفه لا يبطل حقوق الناس إلا أن القاضي يدفع قدر الزكاة إليه
ليصرفها إلى مصرفها لأنه لا بد من نيته لكونها عبادة لكن يبعث أمينا معه كيلا يصرفه
في غير وجهه وفي النفقة يدفع إلى أمينه ليصرفه لأنه ليس بعبادة فلا يحتاج إلى نيته وهذا
بخلاف ما إذا حلف أو نذر أو ظاهر حيث لا يلزمه المال بل يكفر يمينه وظهاره بالصوم
لأنه مما يجب عليه بفعله فلو فتحنا هذا الباب يبذر أمواله بهذا الطريق ولا كذلك ما يجب
ابتداء بغير فعله قال فإن أراد حجة الإسلام لم يمنع منها لأنها واجبة عليه بإيجاب الله
من غير صنعه ولا يسلم القاضي النفقة إليه ويسلمها إلى ثقة من الحاج ينفقها عليه في طريق
الحج كيلا يتلفها في غير هذا الوجه ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانا لاختلاف
العلماء في وجوبها بخلاف ما زاد على مرة واحدة من الحج ولا يمنع من القران لأنه لا يمنع
من إفراد السفر لكل واحد منهما فلا يمنع من الجمع بينهما ولا يمنع من أن يسوق بدنة تحرزا
عن موضع الخلاف إذ عند ابن عمر رضي الله عنهما لا يجزيه غيرها وهي جزور أو بقرة
قال فإن مرض وأوصى بوصايا في القرب وأبواب الخير جاز ذلك في ثلثه لأن نظره فيه
إذ هي حالة انقطاعه عن أمواله والوصية تخلف ثناء أو ثوابا وقد ذكرنا من التفريعات
أكثر من هذا في كفاية المنتهى قال ولا يحجر على الفاسق إذا كان مصلحا لماله عندنا
والفسق الأصلي والطارئ سواء وقال الشافعي يحجر عليه زجرا له وعقوبة عليه كما في
السفيه ولهذا لم يجعل أهلا للولاية والشهادة عنده ولنا قوله تعالى فإن آنستم
منهم رشدا الآية وقد أونس منه نوع رشد فيتناوله النكرة المطلقة ولأن الفاسق من أهل الولاية
عندنا لإسلامه فيكون واليا للتصرف وقد قررناه فيما تقدم ويحجر القاضي عندهما
أيضا وهو قولهما في سبب الغفلة وهو أن يغبن في التجارات ولا يصبر عنها لسلامة
قلبه لما في الحجر من النظر له **فصل في حد البلوغ** قال بلوغ الغلام بالاحتلام والإحبال
والإنزال إذا وطئ فإن لم يوجد ذلك فحتى يتم له ثماني عشرة سنة عند أبي حنيفة
وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فإن لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة
سنة وهذا عند أبي حنيفة وقالا إذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا
وهو رواية عن أبي حنيفة وهو قول الشافعي وعنه في الغلام تسع عشرة سنة وقيل

المراد أن يطعن في التاسع عشرة ويتم له ثماني عشرة سنة فلا اختلاف وقيل فيه اختلاف
الرواية لأنه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة أما العلامة فلأن البلوغ
بالإنزال حقيقة والحبل والإحبال لا يكون إلا مع الإنزال وكذا الحيض في أوان
الحبل فجعل كل ذلك علامة البلوغ وأدنى المدة لذلك في حق الغلام اثنتا عشرة سنة
وفي حق الجارية تسع سنين وأما السن فلهم العادة الفاشية أن البلوغ لا يتأخر فيهما عن
هذه المدة وله قوله تعالى حتى يبلغ أشده وأشد الصبي ثماني عشرة سنة هكذا قاله ابن عباس
رضي الله عنهما وتابعه القتبي وهذا أقل ما قيل فيه فيبنى الحكم عليه للتيقن به غير أن
الإناث نشوءهن وإدراكهن أسرع فنقصنا في حقهن سنة لاشتمالها على الفصول الأربعة
التي يوافق واحد منها المزاج لا محالة قال وإذا راهق الغلام أو الجارية الحلم وأشكل أمره
في البلوغ فقال قد بلغت فالقول قوله وأحكامه أحكام البالغين لأنه معنى لا يعرف إلا من جهتهما
ظاهرا فإذا أخبرا به ولم يكذبهما الظاهر قبل قولهما فيه كما يقبل قول المرأة في الحيض
باب الحجر بسبب الدين قال أبو حنيفة لا أحجر في الدين وإذا وجبت الديون
على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم أحجر عليه لأن في الحجر إهدار أهليته فلا يجوز
لدفع ضرر خاص وإن كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لأنه نوع حجر ولأنه تجارة لا عن تراض
فيكون باطلا بالنص ولكن يحبسه أبدا حتى يبيعه في دينه إيفاء لحق الغرماء ودفعا
لظلمه وقالا إذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه ومنعه من البيع والتصرف و
الإقرار حتى لا يضر بالغرماء لأن الحجر على السفيه إنما جوزاه نظرا له وفي هذا الحجر نظر
للغرماء لأنه عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم ومعنى قولهما ومنعه من البيع أن يكون بأقل
من ثمن المثل أما البيع بثمن المثل لا يبطل حق الغرماء والمنع لحقهم فلا يمنع منه قال وباع
ماله إن امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص عندهما لأن البيع مستحق عليه
لإيفاء دينه حتى يحبس لأجله فإذا امتنع ناب القاضي منابه كما في الجب والعنة قلنا
التلجئة موهومة والمستحق قضاء الدين والبيع ليس بطريق متعين لذلك بخلاف الجب
والعنة والحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق كيف ولو صح البيع كان الحبس إضرارا
بهما بتأخير حق الدائن وتعذيب المديون فلا يكون مشروعا قال وإن كان دينه
دراهم وله دراهم قضى القاضي بغير أمره وهذا بالإجماع لأن للدائن حق الأخذ من
غير رضاه فللقاضي أن يعينه وإن كان دينه دراهم وله دنانير أو على ضد ذلك باعها
القاضي في دينه وهذا عند أبي حنيفة استحسانا والقياس أن لا يبيعها كما في العروض ولهذا

لا يبيعه

لم يكن لصاحب الدين ان ياخذ جبرا وهذا استحسان انما يتحدان في الثمنية والمالية مختلفان
في الصورة فبالنظر الى الاتحاد ثبت للقاضي ولاية التصرف وبالنظر الى الاختلاف
يسلب ولاية الاخذ عملا بالشبهين بخلاف العروض لان الغرض يتعلق بصورها
واعيانها اما النقود فوسائل فافترقا ويباع في الدين النقود ثم العروض ثم العقار
يبدأ بالايسر فالايسر لما فيه من المسارعة الى قضاء الدين مع مراعاة جانب المديون ويترك
عليه دست من ثياب بدنه ويباع الباقي لان به كفاية وقيل دستان لانه اذا غسل
ثيابه لا بد له من ملبس قال فان اقر في حال الحجر باقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون لانه تعلق
بهذا المال حق الاولين فلا يتمكن من ابطال حقهم بالاقرار لغيرهم بخلاف الاستهلاك لانه
مشاهد لا مرد له ولو استفاد مالا اخر بعد الحجر نفذ اقراره فيه لان حقهم لم يتعلق به لعدمه
وقت الحجر قال وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته واولاده الصغار وذوي ارحامه
لان حاجته الاصلية مقدمة على حق الغرماء ولانه حق ثابت لغيره فلا يبطله الحجر ولهذا
لو تزوج امرأة كانت في مقدار مهر مثلها اسوة للغرماء قال فان لم يعرف للمفلس مال وطلب
غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة وقد ذكرنا
هذا الفصل بوجوهه في كتاب ادب القاضي من هذا الكتاب فلا نعيدها الى ان قال وكذلك ان اقام
البينة انه لا مال له يعني خلى سبيله لوجوب النظرة الى الميسرة ولو مرض في الحبس يبقى فيه
ان كان له خادم يقوم بمعالجته وان لم يكن له اخرجه تحرزا عن هلاكه والمحترف لا يمكن
من الاشتغال بعمله هو الصحيح ليضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه بخلاف ما اذا كانت له جارية
وفيه موضع يمكنه وطؤها لا يمنع منه لانه قضاء احدى الشهوتين فيعتبر بقضاء الاخرى
قال ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس بل يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف
والسفر لقوله عليه السلام لصاحب الحق يد ولسان اراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي
قال ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم في القوة قال واذا
فلسه الحاكم حال بين الغرماء وبينه الا ان يقيموا البينة ان له مالا لان القضاء بالافلاس
عندهما يصح فتثبت العسرة ويستحق النظرة الى الميسرة وعند ابي حنيفة لا يتحقق القضاء بالافلاس
لان مال الله غاد ورائح ولان وقوف الشهود على المال لا يتحقق الا ظاهرا فيصلح للدفع
لا لابطال الحق في الملازمة وقوله الا ان يقيموا البينة اشارة الى ان بينة اليسار
تترجح على بينة الاعسار لانها اكثر اثباتا اذ الاصل هو العسرة وقوله في الملازمة لا يمنعونه
من التصرف والسفر دليل على انه يدور معه اينما دار ولا يجلسه في موضع لانه حبس ولو

ح ل م

الشهوتان الاكل والجماع ١٢

دخل

دخل داره لحاجة لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى ان يخرج لان الانسان لا بد ان يكون له
موضع خلوة ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار الى الطالب لانه ابلغ
في حصول المقصود لاختياره الاضيق عليه الا اذا علم القاضي ان يدخل عليه بالملازمة
ضرر بين بان لا يمكنه من دخوله داره فحينئذ يحبسه دفعا للضرر عنه ولو كان الدين
للرجل على المرأة لا يلازمها لما فيها من الخلوة بالاجنبية لكن يبعث امرأة امينة تلازمها
قال ومن افلس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع اسوة للغرماء فيه
وقال الشافعي يحجر القاضي على المشتري بطلبه ثم للبائع خيار الفسخ لانه عجز المشتري
عن ايفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لانه عقد معاوضة
ومن قضيته المساواة وصار كالسلم ولنا ان الافلاس يوجب العجز عن تسليم العين وهو
غير مستحق بالعقد فلا يثبت حق الفسخ باعتباره وانما المستحق وصف في الذمة اعني الدين
وبقبض العين يتحقق بينهما مبادلة هذا هو الحقيقة فيجب اعتبارها الا في موضع التعذر
كالسلم لان الاستبدال ممتنع فاعطي للعين حكم الدين

كتاب المأذون

الاذن الاعلام لغة وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا والعبد بعد ذلك يتصرف
لنفسه باهليته لانه بعد الرق بقي اهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز وانحجاره
عن التصرف لحق المولى لانه ما عهد تصرفه الا موجبا تعلق الدين برقبته او كسبه و
ذلك مال المولى فلا بد من اذنه كيلا يبطل حقه من غير رضاه ولهذا لا يرجع بما لحقه
من العهدة على المولى ولهذا لا يقبل التأقيت حتى لو اذن لعبده يوما او شهرا كان مأذونا
ابدا حتى يحجر عليه لان الاسقاطات لا تتوقت ثم الاذن كما يثبت بالصريح يثبت بالدلالة
كما اذا راى عبده يبيع ويشتري فسكت يصير مأذونا عندنا خلافا لزفر والشافعي ولا
فرق بين ان يبيع عينا مملوكا للمولى او لاجنبي باذنه او بغير اذنه بيعا صحيحا او
فاسدا لان كل من رآه يظنه مأذونا له فيها فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن مأذونا
له ولو لم يكن المولى راضيا به لمنعه دفعا للضرر عنهم قال واذا اذن المولى لعبده
في التجارة اذنا عاما جاز تصرفه في سائر التجارات ومعنى هذه المسئلة ان يقول اذنت
لك في التجارة ولا يقيده ووجهه ان التجارة اسم عام يتناول الجنس فيبيع ويشتري ما
بدا له من انواع الاعيان لانه اصل التجارة ولو باع او اشترى بالغبن اليسير فهو جائز
لتعذر الاحتراز عنه وكذا بالفاحش عند ابي حنيفة خلافا لهما هما يقولان ان البيع بالفاحش
منه بمنزلة التبرع حتى اعتبر من المريض من ثلث ماله فلا ينتظمه الاذن وله انه تجارة

والعبد متصرف باهليه نفسه فصار كالحر وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون وله ان
في مرض موته تعتبر من جميع المال اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فمن جميع ما بقي
لان الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد وان كان الدين محيطا
بما في يده يقال للمشتري ادّ جميع المحاباة والا فاردد البيع كما في الحر وله ان يسلم
ويقبل السلم لانه تجارة وله ان يوكل بالبيع والشراء لانه قد لا يتفرغ بنفسه قال
ويرهن ويرتهن لانهما من توابع التجارة فانه ايفاء واستيفاء ويملك ان يتقبل
الارض ويستأجر الاجراء والبيوت لان كل ذلك من صنيع التجار ويأخذ الارض
مزارعة لان فيه تحصيل الربح ويشتري طعاما فيزرعه في ارضه لانه يقصد به الربح
قال عليه الصلاة والسلام الزارع يتاجر ربه وله ان يشارك شركة عنان ويدفع المال مضاربة
ويأخذها لانه من عادة التجار وله ان يؤاجر نفسه عندنا خلافا للشافعي هو يقول لا
يملك العقد على نفسه فكذا على منافعه لانها تابعة لها ولنا ان نفسه رأس ماله فيملك
التصرف فيه الا اذا كان يتضمن ابطال الاذن كالبيع لانه يحجر به والرهن لانه يحبس
فلا يحصل مقصود المولى اما الاجارة لا يحجر به ويحصل به المقصود وهو الربح فيملكه
قال وان اذن له في نوع منها دون غيره فهو مأذون في جميعها وقال زفر والشافعي
لا يكون مأذونا الا في ذلك النوع وعلى هذا الخلاف اذا نهاه عن التصرف في نوع آخر
لهما ان الاذن توكيل وانابة من المولى لانه يستفيد الولاية من جهته ويثبت الحكم وهو
الملك له دون العبد ولهذا يملك حجره فيتخصص بما خصه به كالمضارب ولنا انه
اسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع
دون نوع بخلاف الوكيل لانه يتصرف في مال غيره فثبتت له الولاية من جهته وحكم التصرف
وهو الملك واقع للعبد حتى كان له ان يصرفه الى قضاء الدين والنفقة وما استغنى عنه يخلفه
المالك فيه قال وان اذن له في شيء بعينه فليس بمأذون لانه استخدام ومعناه ان
يأمره بشراء ثوب للكسوة او طعام رزقا لاهله وهذا لانه لو صار مأذونا ينسد عليه
باب الاستخدام بخلاف ما اذا قال ادّ الي الغلة كل شهر كذا او قال ادّ الي الفا وانت
حر لانه طلب منه المال ولا يحصل الا بالتكسب وقال اقعد صباغا او قصارا لانه اذن
بشراء ما لا بد له منه وهو نوع فيصير مأذونا في الانواع قال واقرار المأذون
بالديون والغصوب جائز وكذا بالودائع لان الاقرار من توابع التجارة اذ لو لم يصح
لاجتنب الناس مبايعته ومعاملته ولا فرق بينما اذا كان عليه دين او لم يكن اذا كان الاقرار

فيملكها اي الاجارة

في صحة

في صحة فان كان في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر بخلاف الاقرار بما يجب من المال
لا بسبب التجارة لانه كالمحجور في حقه قال وليس له ان يتزوج لانه ليس بتجارة قال ولا
يزوج مماليكه وقال ابو يوسف يزوج الامة لانه تحصيل المال بمنافعها فاشبه
اجارتها ولهما ان الاذن تضمن التجارة وهذا ليس بتجارة ولهذا لا يملك تزويج العبد
وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون والمضارب والشريك شركة عنان والاب والوصي
قال ولا يكاتب لانه ليس بتجارة اذ هي مبادلة المال بالمال والبدل فيه مقابل بفك الحجر
فلم يكن تجارة الا ان يجيزه المولى ولا دين عليه لان المولى قد ملكه ونصير العبد
نائبا عنه ويرجع الحقوق الى المولى لان الوكيل في الكتابة سفير قال ولا يعتق على مال
لانه لا يملك الكتابة فالاعتاق اولى ولا يقرض لانه تبرع محض كالهبة ولا يهب بعوض
ولا بغير عوض وكذا لا يتصدق لان كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء او ابتداء
فلا ينتظمه الاذن بالتجارة قال الا ان يهدي اليسير من الطعام او يضيف من يطعمه لانه
من ضرورات التجارة استجلابا لقلوب المجاهزين بخلاف المحجور عليه لانه لا اذن له اصلا
فكيف يثبت ما هو من ضروراته وعن ابي يوسف ان المحجور عليه اذا اعطاه المولى قوت يومه
فدعا بعض رفقائه على ذلك الطعام فلا باس به بخلاف ما اذا اعطاه قوت شهر لانهم
لو اكلوه قبل الشهر يتضرر به المولى قالوا ولا باس للمرأة ان تتصدق من منزل زوجها
بالشيء اليسير كالرغيف ونحوه لان ذلك غير ممنوع عنه في العادة قال وله ان يحط
من الثمن بالعيب مثل ما يحط التجار لانه من صنيعهم وربما يكون الحط انظر له من قبول
المعيب ابتداء بخلاف ما اذا حط من غير عيب لانه تبرع محض بعد تمام العقد وليس من صنيع التجار
ولا كذلك المحاباة في الابتداء لانه قد يحتاج اليها على ما بيناه وله ان يؤجل في دين
قد وجب لانه من عادة التجار قال وديونه متعلقة برقبته يباع للغرماء الا ان يفديه
المولى وقال زفر والشافعي لا يباع ويباع كسبه في دينه بالاجماع لهما ان غرض المولى
من الاذن تحصيل مال لم يكن لا تفويت مال قد كان له وذلك في تعلق الدين بكسبه
حتى اذا فضل شيء منه عن الدين يحصل له لا برقبته بخلاف دين الاستهلاك لانه
نوع جناية واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالاذن ولنا ان الواجب في ذمة العبد
ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك والجامع دفع
الضرر عن الناس وهذا لان سببه التجارة وهي داخلة تحت الاذن وتعلق الدين برقبته
استيفاء حامل لهم على المعاملة فمن هذا الوجه صلح غرضا للمولى وينعدم الضرر في حقه

تعلق

بدخول المبيع في ملكه وتعلقه بالكسب لانها في تعلقه بالرقبة فتعلق بهما غير انه يبدأ
بالكسب في الاستيفاء ابقاء لحق الغرماء وابقاء لمقصود المولى وعند انعدامه يستوفى
من الرقبة وقوله في الكتاب ديونه المراد منه دين وجب بالتجارة او بما هو في معناها
كالبيع والشراء والاجارة والاستئجار وضمان المغصوب والودائع والامانات الغصب
اذا جحدها وما يجب من العقر بوطئ المشتراة بعد الاستحقاق لاستناده الى الشراء
فيلحق به قال ويقسم ثمنه بينهم بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلقها بالتركة
فان فضل شيء من ديونه طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء
الرقبة به ولا يباع ثانيا كيلا يمتنع البيع او دفعا للضرر عن المشتري وتعلق دينه بكسبه
سواء حصل قبل لحوق الدين او بعده ويتعلق بما يقبل من الهبة لان المولى انما يخلفه
في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ ولا يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين
لوجود شرط الخلوص له وله ان ياخذ غلة مثله بعد الدين لانه لو لم يمكن منه يحجر عليه فلا يحصل
الكسب والزيادة على غلة المثل يردها على الغرماء لعدم الضرورة فيها وتقدم حقهم قال
وان حجر عليه لم ينحجر حتى يظهر حجره بين اهل سوقه لانه لو انحجر لتضرر الناس به لتأخر حقهم
الى ما بعد العتق لما لم يتعلق برقبته وكسبه وقد بايعوه على رجاء ذلك ويشترط علم اكثر
اهل سوقه حتى لو حجر عليه في السوق وليس فيه الا رجل او رجلان لم ينحجر ولو بايعوه جاز
وان بايعه الذي علم بحجره ولو حجر عليه في بيته بمحضر من اكثر اهل سوقه ينحجر والمعتبر شيوع
الحجر واشتهاره فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل كما في تبليغ الرسالة من الرسل عليهم
الصلوة والسلام ويبقى العبد ماذونا الى ان يعلم بالحجر كالوكيل الى ان يعلم بالعزل وهذا اذا لم
لانه يتضرر به حيث تلزمه قضاء الدين من خالص ملكه بعد العتق وما رضي به وانما يشترط الشيوع
في الحجر اذا كان الاذن شائعا اما اذا لم يعلم به الا العبد ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر لانه
لا ضرر قال ولو مات المولى او جن او لحق بدار الحرب مرتدا صار الماذون محجورا عليه
لان الاذن غير لازم وما لا يكون لازما من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء هذا هو الاصل
فلا بد من قيام اهلية الاذن في حالة البقاء وهي تنعدم بالموت والجنون وكذا باللحوق ق
لانه موت حكما حتى يقسم ماله بين ورثته قال واذا ابق العبد صار محجورا عليه وقال ش
يبقى ماذونا لان الاباق لا ينافي ابتداء الاذن فكذا لا ينافي البقاء وصار كالغصب
ولنا ان الاباق حجر دلالة لانه انما يرضى بكونه ماذونا على وجه يتمكن من تقضية دينه
بكسبه بخلاف ابتداء الاذن لان الدلالة لا معتبر بها عند وجود التصريح بخلافه

وبخلاف

وبخلاف الغصب لان الانتزاع من يد الغاصب متيسر قال واذا ولدت الماذونة من
مولاها فذلك حجر عليها خلافا لزفر هو يعتبر البقاء بالابتداء ولنا ان الظاهر
انه يحصنها بعد الولادة فيكون دلالة على الحجر عادة بخلاف الابتداء لان الصريح
قاض على الدلالة ويضمن المولى قيمتها ان ركبتها ديون لاتلافه محلا تعلق به
حق الغرماء اذ به يمتنع البيع وبه يقضى حقهم قال واذا استدانت الامة الماذون لها
اكثر من قيمتها فدبرها المولى فهي ماذون لها على حالها لانعدام دلالة الحجر اذ العادة
ما جرت بتحصين المدبرة ولا منافاة بين حكميهما ايضا والمولى ضامن لقيمتها لما قررناه
في ام الولد قال واذا حجر على الماذون له فاقراره جائز فيما في يده من المال عند ابي حنيفة
ومعناه ان يقر بما في يده انه امانة لغيره او غصب منه او يقر بدين عليه فيقضي مما في يده قاله
وقال ابو يوسف ومحمد لا يجوز اقراره لهما ان المصحح لاقراره ان كان هو الاذن فقد
زال بالحجر وان كان اليد فالحجر ابطلها لان يد المحجور غير معتبرة وصار كما اذا
اخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره او ثبت حجره بالبيع من غيره ولهذا لا يصح اقراره
في حق رقبته بعد الحجر وله ان المصحح هو اليد ولهذا لا يصح اقرار الماذون فيما اخذه
المولى واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته واقراره من يده م
دليل تحققها بخلاف ما اذا انتزعه المولى من يده قبل الاقرار لان يد المولى ثابتة
حقيقة وحكما فلا يبطل باقراره وكذا ملكه ثابت في رقبته فلا يبطل باقراره من
غير رضاه وهذا بخلاف ما اذا باعه لان العبد قد تبدل بتبدل الملك على ما عرف
فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك ولهذا لا يكون خصما فيما باشر قبل البيع قال واذا لزمته
ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما في يده ولو اعتق من كسبه عبدا لم يعتق
عند ابي حنيفة وقالا يملك ما في يده ويعتق وعليه قيمته لانه وجد سبب الملك في كسبه
وهو ملك رقبته ولهذا يملك اعتاقه ووطء الجارية الماذون لها وهذا آية كماله
بخلاف الوارث لانه يثبت الملك له نظرا للمورث والنظر في ضده عند احاطة الدين
بتركته اما ملك المولى ما ثبت نظرا للعبد ولان ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد
عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما قررناه والمحاط به الدين مشغول بها
فريعته م فلا يخلفه فيه واذا عرف ثبوت الملك وعدمه فالعتق فرعه واذا نفذ عندهما يضمن
قيمته للغرماء لتعلق حقهم به قال وان لم يكن الدين محيطا بماله ورقبته جاز عتقه
في قولهم جميعا اما عندهما فظاهر وكذا عنده لانه لا يعرى عن قليله فلو جعل مانعا

لا نسد باب الاستيفاء بكسبه فيتحقق ما هو المقصود من الاذن ولهذا لا يمنع ملك الوارث
والمستغرق بتبعه قال وان باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز لانه كالاجنبي عن كسبه
اذا كان عليه دين يحيط بكسبه وان باعه بنقصان لم يجز لانه متهم في حقه بخلاف ما
اذا حابى الاجنبي عند ابي حنيفة لانه لا تهمة فيه وبخلاف ما اذا باع المريض من الوارث
بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه حتى كان لاحدهم الا
باداء قيمته اما حق الغرماء تعلق بالمالية لا غير فافترقا وقال ابو يوسف ومحمد ان باعه
بنقصان يجوز البيع ويخير المولى ان شاء ازال المحاباة وان شاء نقض وعلى المذهبين
اليسير من المحاباة والفاحش سواء ووجهه انه ان الامتناع لدفع الضرر عن الغرماء
وبهذا يندفع الضرر عنهم وهذا بخلاف البيع من الاجنبي بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز
ولا يؤمر بازالة المحاباة والمولى يؤمر بها لان البيع باليسير منها متردد بين التبرع
والبيع لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا في البيع مع المولى للتهمة غير تبرع
في حق الاجنبي لانعدامها وبخلاف ما اذا باع من الاجنبي بالكثير من المحاباة حيث
لا يجوز اصلا عندهما ومن المولى يجوز ويؤمر بازالة المحاباة لان المحاباة لا تجوز
من العبد المأذون على اصلهما الا باذن المولى ولا اذن في البيع مع الاجنبي وهو
اذن بمباشرته بنفسه غير ان ازالة المحاباة لحق الغرماء وهذان الفرقان على اصلهما
قال وان باعه المولى شيئا بمثل القيمة او اقل جاز البيع لان المولى اجنبي عن كسبه اذا
كان عليه دين على ما بينا ولا تهمة في هذا البيع ولانه مفيد فانه يدخل في كسب العبد
ما لم يكن فيه ويتمكن المولى من اخذ الثمن بعد ان لم يكن له هذا التمكن وصحة التصرف تتبع
الفائدة فان سلم اليه قبل قبض الثمن بطل الثمن لان حق المولى في العين من حيث الحبس
فلو بقي بعد سقوطه يبقى في الدين ولا يستوجبه المولى على عبده بخلاف ما اذا كان الثمن
عرضا لانه يتعين وجاز ان يبقى حقه متعلقا بالعين قال وان امسكه في يده حتى يستوفي
الثمن جاز لان البائع له حق الحبس في المبيع ولهذا كان اخص به من الغرماء وجاز ان يكون
للمولى حق في الدين اذا كان يتعلق بالعين ولو باعه باكثر من قيمته يؤمر بازالة المحاباة او
نقض البيع كما بينا في جانب العبد لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء قال واذا اعتق
المولى المأذون له وعليه ديون فعتقه جائز لان ملكه فيه باق والمولى ضامن لقيمته للغرماء
لانه اتلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه وما بقي من الديون يطالب به العبد بعد العتق
لان الدين في ذمته وما لزم المولى الا بقدر ما اتلفه ضمانا فبقي الباقي عليه كما كان وان

وان كان اقل من قيمته ضمن الدين لا غير لان حقهم بقدره بخلاف ما اذا اعتق المدبر وام الولد
المأذون لهما وقد ركبتهما ديون لان حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع
فلم يكن المولى متلفا حقهم فلا يضمن شيئا قال وان باعه المولى وعليه دين يحيط برقبته
وقبضه المشتري وغيبه فان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاؤا ضمنوا المشتري
لان العبد تعلق به حقهم حتى كان لهم ان يبيعوه الا ان يقضي المولى دينهم والبائع متلف
بالبيع والتسليم والمشتري بالقبض والتغييب فيتخيرون في التضمين وان شاؤا اجازوا البيع
واخذوا الثمن لان الحق لهم والاجازة اللاحقة كالاذن السابق كما في المرهون فان ضمنوا
البائع قيمته ثم رد على المولى بعيب فللمولى ان يرجع بالقيمة ويكون حق الغرماء في العبد
لان سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم وصار كالغاصب اذا باع وسلم وضمن القيمة
ثم رد عليه بالعيب كان له ان يرد على المالك ويسترد القيمة كذا هذا قال ولو كان المولى
باعه من رجل واعلمه بالدين فللغرماء ان يردوا البيع لتعلق حقهم وهو حق الاستيفاء
من رقبته وفي كل منهما فائدة فالاول تام مؤخر والثاني ناقص معجل وبالبيع تفوت
هذه الخيرة فلهذا لهم ان يردوه قالوا تأويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا
محاباة في البيع ليس لهم ان يردوه لوصول حقهم اليهم قال وان كان البائع غائبا
فلا خصومة بينهم وبين المشتري معناه اذا انكر الدين وهذا عند ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف المشتري خصم ويقضي لهم بدينهم وعلى هذا الخلاف اذا اشترى دارا
ووهبها وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له
وعنه مثل قولهما في مسئلة الشفعة لابي يوسف انه يدعي الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه
ولهما ان الدعوى تتضمن فسخ العقد وقد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب قال
ومن قدم مصرا وقال انا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة لانه اذا اخبر
بالاذن فالاخبار دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه جائز اذ الظاهر ان المحجور يجري على موجب حجره
والعمل بالظاهر هو الاصل في المعاملات كيلا يضيق الامر على الناس الا انه لا يباع حتى
يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله في الرقبة لانها خالص حق المولى بخلاف الكسب لانه
حق العبد على ما بيناه فان حضر وقال هو مأذون بيع في الدين لانه ظهر الدين في حق
المولى وان قال هو محجور فالقول له لانه متمسك بالاصل

فصل

واذا اذن
ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون اذا كان يعقل البيع
حتى ينفذ تصرفه وقال ش لا ينفذ لانه محجور لصباه فيبقى ببقائه ولانه مولى

الاستيفاء و م

ان م

عليه حتى يملك الولي التصرف ويملك حجره فلا يكون وليا للمنافاة وصار كالطلاق والعتاق اصله
بخلاف الصوم والصلاة لانه لا يقام بالولي وكذا الوصية على اصلنا فتحققت الضرورة الى
تنفيذه منه اما البيع والشراء يتولاه الولي فلا ضرورة ولنا ان التصرف المشروع صدر
من اهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه على ما عرف تقريره في الخلافيات والصبا
سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته وقد ثبتت نظرا الى اذن الولي وبقاء ولايته لنظر
الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال بخلاف الطلاق والعتاق لانه
ضار محض فلم يؤهل له والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الاذن
والبيع والشراء دائر بين النفع والضرر فيجعل اهلا له بعد الاذن لا قبله لكن قبل الاذن
يكون موقوفا منه على اجازة الولي لاحتمال وقوعه نظرا وصحة التصرف في نفسه
وذكر الولي في الكتاب ينتظم الاب والجد عند عدمه والوصي والقاضي والوالي
بخلاف صاحب الشرط لانه ليس اليه تقليد القضاة والشرط ان يعقل كون البيع سالبا
للملك جالبا للربح والتشبيه بالعبد المأذون يفيد ان ما يثبت في العبد من الاحكام يثبت
في حقه لان الاذن فك الحجر والمأذون يتصرف باهلية نفسه عبدا كان او صبيا فلا
يتقيد تصرفه بنوع دون نوع ويصير مأذونا بالسكوت كما في العبد ويصح اقراره
بما في يده من كسبه وكذا بموروثه في ظاهر الرواية كما يصح اقرار العبد ولا يملك
تزويج عبده ولا كتابته كما في العبد والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبي
يصير مأذونا باذن الاب والوصي والجد دون غيرهم على ما بيناه وحكمه حكم الصبي عبارة عن

كتاب الغصب

الغصب في اللغة اخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب
للاستعمال فيه بين اهل اللغة • وفي الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك
على وجه يزيل يده حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط
ثم ان كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد فلا يتوقف
على قصده ولا اثم لان الخطأ موضوع • قال ومن غصب شيئا له مثل كالمكيل والموزون
فهلك في يده فعليه مثله وفي بعض النسخ فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما وهذا
لان الواجب هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولان
المثل اعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية فكان ادفع للضرر • قال فان لم يقدر على
مثله فعليه قيمته يوم يختصمون وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يوم الغصب وقال محمد
يوم الانقطاع لابي يوسف انه لما انقطع التحق بما لا مثل له فيعتبر قيمته يوم انعقاد السبب

اذ هو

اذ هو الموجب • ولمحمد ان الواجب المثل في الذمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع فيعتبر
قيمته يوم الانقطاع ولابي حنيفة ان النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع ولهذا لو صبر
الى ان يوجد جنسه له ذلك وانما ينتقل بقضاء القاضي فيعتبر قيمته يوم الخصومة
والقضاء بخلاف ما لا مثل له لانه مطالب بالقيمة باصل السبب كما وجد فيعتبر قيمته
عند ذلك • قال وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه معناه العدديات المتفاوتة لانه
لما تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها دفعا للضرر بقدر الامكان
اما العددي المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت وفي البر المخلوط
دائم بالشعير القيمة لانه لا مثل له • وعلى الغاصب رد العين معناه ما دام قائما لقوله عليه السلام
على اليد ما اخذت حتى ترد وقال عليه السلام لا يحل لاحد ان ياخذ متاع اخيه لاعبا
ولا جادا فان اخذه فليرده عليه ولان اليد حق مقصود وقد فوتها عليه فيجب اعادتها
بالرد عليه وهو الموجب الاصلي على ما قالوا ورد القيمة مخلص خلفا لانه قاصر
اذ الكمال في رد العين والمالية وقيل الموجب الاصلي القيمة ورد العين مخلص ويظهر
ذلك في بعض الاحكام والواجب الرد في المكان الذي غصبه لتفاوت القيم بتفاوت
الاماكن • فان ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم انها لو كانت باقية لاظهرها ثم قضى
عليه ببدلها لان الواجب رد العين والهلاك بعارض فهو يدعي امرا عارضا خلاف
الظاهر فلا يقبل قوله كما اذا ادعى الافلاس وعليه ثمن متاع فيحبس الى ان يعلم ما يدعيه
فاذا علم الهلاك سقط عنه رده فيلزمه رد بدله وهو القيمة • قال والغصب فيما ينقل
ويحول لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لان ازالة اليد بالنقل • قال
فاذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال
محمد يضمنه وهو قول ابي يوسف الاول وبه قال الشافعي لتحقق اثبات اليد ومن ضرورته
زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة فيتحقق الوصفان
وهو الغصب على ما بيناه فصار كالمنقول وجحود الوديعة ولهما ان الغصب اثبات اليد
بازالة يد المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول
الا باخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار فصار كما اذا بعد المالك عن المواشي وفي
المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسالة الجحود ممنوعة ولو سلم فالضمان هناك
بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك • قال وما نقص منه بفعله وسكناه ضمنه في
قولهم جميعا لانه اتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين ويدخل فيما قاله

اذا انهدم الدار بسكناه وعمله ولو غصب دارا وباعها وسلمها واقر بذلك ولا بينة
لصاحب الدار فهو على الاختلاف في الغصب هو الصحيح. قال وما انتقص بالزراعة
يغرم النقصان لانه اتلف البعض فيأخذ رأس ماله ويتصدق بالفضل قال رض
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يتصدق بالفضل وسنذكر الوجه من الجانبين
ان شاء الله تعالى. قال واذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله او بغير فعله ضمنه وفي
اكثر نسخ المختصر واذا هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق ان الغصب فيما
ينقل وهذا لان العين دخل في ضمانه بالغصب السابق اذ هو السبب وعند العجز عن رده
يجب رد القيمة او يتقرر بذلك السبب ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب وان نقص في يده ضمن
النقصان لانه دخل جميع اجزائه في ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه يجب رد
قيمته بخلاف تراجع السعر اذا رد في مكان الغصب لانه عبارة عن فتور الرغبات
دون فوت الجزء وبخلاف المبيع لانه ضمان عقد اما الغصب فقبض والاوصاف
تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف. قال رض ومراده غير الربوي اما في الربويات
لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربوا. قال ومن غصب
عبدا فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان لما بينا ويتصدق بالغلة قال رض
وهذا عندهما ايضا وعنده لا يتصدق وعلى هذا الخلاف اذا آجر المستعير المستعار
لابي يوسف انه حصل في ضمانه وملكه اما الضمان فظاهر وكذا الملك لان المضمونات
تملك باداء الضمان مستندا عندنا ولهما انه حصل بسبب خبيث وهو التصرف في
ملك الغير وما هذا حاله فسبيله التصدق اذ الفرع يحصل على وصف الاصل والملك
المستند ناقص فلا ينعدم به الخبث فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له ان
يستعين بالغلة في اداء الضمان لان الخبث لاجل المالك ولهذا لو ادى اليه
يباح له التناول فيزول الخبث بالاداء اليه بخلاف ما اذا باعه فهلك في يد المشتري
ثم استحق وغرمه ليس له ان يستعين بالغلة في اداء الثمن اليه لان الخبث ما
كان لحق المشتري الا اذا كان لا يجد غيره لانه محتاج اليه وله ان يصرفه الى
حاجة نفسه فلو اصاب مالا تصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا
فلا شيء عليه لما ذكرنا. قال ومن غصب الفا فاشترى بها جارية فباعها بالفين
ثم اشترى بالالفين جارية فباعها بثلاثة آلاف فانه يتصدق بجميع الربح وهذا
عندهما. واصله ان الغاصب والمودع اذا تصرف في المغصوب او الوديعة وربح

لا يطيب

لا يطيب له الربح عندهما خلافا لابي يوسف وقد مرت الدلائل وجوابهما في الوديعة
اظهر لانه لا يستند الملك الى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فلم يكن التصرف
في ملكه. ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالاشارة اما فيما لا يتعين كالثمنين فقوله
في الكتاب اشترى بها اشارة الى ان التصدق انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها
اما اذا اشار اليها ونقد من غيرها او نقد منها واشار الى غيرها او اطلق اطلاقا
ونقد منها يطيب له. وهكذا قال الكرخي لان الاشارة اذا كانت لا تفيد التعيين
لا بد ان تتأكد بالنقد ليتحقق الخبث. وقال مشايخنا رحمهم الله لا يطيب له قبل ان
يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة
قال فان اشترى بالالف جارية تساوي الفين فوهبها او طعاما فاكله لم يتصدق
بشيء وهذا قولهم جميعا لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس

فصل فيما يتغير بعمل الغاصب

واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها واعظم
منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع
بها حتى يؤدي بدلها كمن غصب شاة وذبحها وشواها او طبخها او حنطة فطحنها او
حديدا فاتخذه سيفا او صفرا فعمله آنية وهذا كله عندنا وقال الشافعي لا ينقطع حق
المالك وهو رواية عن ابي يوسف غير انه اذا اختار اخذ الدقيق لا يضمنه النقصان
عنده لانه يؤدي الى الربوا وعند الشافعي يضمنه وعن ابي يوسف انه يزول ملكه عنه
لكنه يباع في دينه وهو احق به من الغرماء بعد موته. له ان العين باق فيبقى على ملكه
وتتبعه الصنعة كما اذا هبت الريح في الحنطة والقتها في طاحونة فطحنت ولا معتبر
بفعله لانه محظور فلا يصلح سببا للملك على ما عرف فصار كما اذا انعدم الفعل اصلا وصار
كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها واربها. ولنا انه احدث صنعة متقومة صير
حق المالك هالكا من وجه الا ترى انه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد وحقه
في الصنعة قائم من كل وجه فيترجح على الاصل الذي هو فائت من وجه ولا نجعله سببا
للملك من حيث انه محظور بل من حيث انه احداث الصنعة بخلاف الشاة لان اسمها باق
بعد الذبح والسلخ وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة ويتفرع عليه غيرها فاحفظه
وقوله ولا يحل له الانتفاع حتى يؤدي بدلها استحسان والقياس ان يكون له ذلك
وهو قول الحسن وزفر وهكذا عن ابي حنيفة رواه الفقيه ابو الليث ووجهه ثبوت الملك
المطلق للتصرف الا ترى انه لو وهبه او باعه جاز ووجه الاستحسان قوله عليه السلام

في الشاة المذبوحة المصلية بغير رضا صاحبها الطعومها الاسارى افاد الامر بالتصدق
زوال ملك المالك وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الارضاء، ولان في اباحة الانتفاع فتح
باب الغصب فيحرم قبل الارضاء حسما لمادة الفساد ونفاذ بيعه وهبته مع الحرمة لقيام
الملك كما في الملك الفاسد واذا ادى البدل يباح له لان حق المالك صار مستوفى بالبدل
فحصلت مبادلة بالتراضي وكذا اذا ابرأه لسقوط حقه به وكذا اذا ادى بالقضاء او
ضمنه الحاكم او ضمنه المالك لوجود الرضا منه لانه لا يقضي الا بطلبه وعلى هذا الخلاف
اذا غصب حنطة فزرعها او نواة فغرسها غيراه عند ابي يوسف يباح الانتفاع فيهما قبل
اداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف ما تقدم لقيام العين فيه من وجه و
في الحنطة يزرعها لا يتصدق بالفضل عنده خلافا لهما واصله ما تقدم قال وان غصب فضة
او ذهبا فضربها دنانير ودراهم او آنية لم يزل ملك مالكها عنها عند ابي حنيفة فيأخذها
ولا شيء للغاصب وقالا يملكها الغاصب وعليه مثلها لانه احدث صنعة معتبرة صير
حق المالك هالكا من وجه الا ترى انه كسره وفات بعض المقاصد والتبر لا يصلح رأس
المال في المضاربات والشركات والمضروب يصلح لذلك وله ان العين باق من كل وجه
الا ترى ان الاسم باق ومعناه ايضا الثمنية وكونه موزونا وانه باق حتى جرى فيه الربوا
باعتباره وصلاحيته لرأس المال من احكام الصنعة دون العين وكذا الصنعة فيها غير متقومة
مطلقا لانه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها قال ومن غصب ساجة فبنى عليها زال
ملك المالك عنها ولزم الغاصب قيمتها وقال الشافعي له اخذها والوجه من الجانبين
قدمناه وآخر لنا فيه ان فيما ذهب اليه اضرارا بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف
وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة فصار كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن
جاريته او عبده او ادخل اللوح المغصوب في سفينته ثم قال الكرخي والفقيه ابو جعفر انما
لا ينقض اذا بنى في حوالي الساحة اما اذا بنى على نفس الساحة ينقض وجواب الكتاب
يرد ذلك وهو الاصح قال ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها له
وان شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزور وكذا اذا قطع يدها هذا هو ظاهر الرواية
ووجهه انه اتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الاغراض من الحمل والدر والنسل وبقاء
بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع
الغاصب طرفها للمالك ان يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف قطع
طرف المملوك حيث يأخذه مع ارش المقطوع لان الآدمي يبقى منتفعا به بعد قطع الطرف

قال

قال فان خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه والثوب لمالكه لان العين قائم من كل
وجه وانما دخله عيب فيضمنه وان خرق خرقا كبيرا يبطل عامة منافعه فلمالكه ان يضمنه
جميع قيمته لانه استهلاك من هذا الوجه فكانه احرقه قال معناه يترك الثوب عليه وان
ان شاء اخذ الثوب وضمنه النقصان لانه تعييب من وجه من حيث ان العين باق وكذا
بعض المنافع قال ثم اشارة الكتاب الى ان الفاحش ما يبطل به عامة المنافع والصحيح
ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير
ما لا يفوت به شيء من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان لان محمدا جعل في الاصل قطع الثوب
نقصانا فاحشا والفائت به بعض المنافع قال ومن غصب ارضا فغرس فيها او بنى قيل له
اقلع البناء والغرس وردها لقوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق ولان ملك صاحب الارض
باق فان الارض لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها ولا بد للملك من سبب فيؤمر الشاغل
بتفريغها كما اذا شغل ظرف غيره بطعامه فان كانت الارض تنقص بقلع ذلك فللمالك
ان يضمن له قيمة البناء والغرس مقلوعا ويكون له لان فيه نظرا لهما ودفع الضرر عنهما
وقوله قيمته مقلوعا معناه قيمة بناء او شجر يؤمر بقلعه لان حقه فيه اذ لا قرار له
فيه فتقوم الارض بدون الشجر والبناء وتقوم وبها شجر او بناء لصاحب الارض
ان يأمره بقلعه فيضمن فضل ما بينهما قال ومن غصب ثوبا فصبغه احمر او سويقا فلته
بسمن فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوب ابيض ومثل السويق وسلمهما
للغاصب وان شاء اخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمن فيهما وقال الشافعي في الثوب
لصاحبه ان يمسكه ويأمر الغاصب بقلع الصبغ بالقدر الممكن اعتبارا بفصل الساحة
لان التمييز ممكن بخلاف السمن في السويق لان التمييز متعذر ولنا ما بينا ان فيه
رعاية الجانبين والخيرة لصاحب الثوب لكونه صاحب الاصل بخلاف الساحة بنى
فيها لان النقض له بعد النقض اما الصبغ يتلاشى وبخلاف ما اذا انصبغ بهبوب
الريح لانه لا جناية من صاحب الصبغ ليضمن الثوب فيتملك صاحب الاصل الصبغ قال ابو عصمة
في اصل المسئلة وان شاء رب الثوب باعه ويضرب بقيمته ابيض وصاحب الصبغ بما زاد
الصبغ فيه لان له ان لا يتملك الصبغ بالقيمة وعند امتناعه تعين رعاية الجانبين
في البيع وتتأتى هذا فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه وقد ظهر بما ذكرنا الوجه في السويق
غير ان السويق من ذوات الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته وقال
في الاصل يضمن قيمة السويق لان السويق يتفاوت بالقلي فلم يبق مثليا والمراد منه المثل

سماه به لقيامه مقامه والصفرة كالحمرة ولو صبغه أسود فهو نقصان عند أبي حنيفة وعندهما
زيادة وقيل هذا اختلاف عصر وزمان وقيل إن كان ثوبا ينقصه السواد فهو نقصان
وإن كان ثوبا يزيد فيه السواد فهو كالحمرة وقد عرف في غير هذا الموضع ولو كان ثوبا
ينقصه الحمرة بأن كانت قيمته ثلثين درهما فتراجعت بالصبغ إلى عشرين فعن محمد أنه
ينظر إلى ثوب يزيد فيه الحمرة فإن كانت الزيادة خمسة يأخذ ثوبه وخمسة دراهم لأن
إحدى الخمستين جبرت بالصبغ **فصل** ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك
قيمتها ملكها وهذا عندنا وقال الشافعي لا يملكها لأن الغصب عدوان محض فلا يصلح
سببا للملك كما في المدبر ولنا أنه ملك البدل بكماله والمبدل قابل للنقل من ملك إلى
ملك فيملكه دفعا للضرر عنه بخلاف المدبر لأنه غير قابل للنقل لحق المدبر نعم قد ينفسخ
التدبير بالقضاء لكن البيع بعده يصادف القن قال والقول في القيمة قول الغاصب
مع يمينه لأن المالك يدعي الزيادة وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه إلا أن يقيم
المالك البينة بأكثر من ذلك لأنه أثبته بالحجة الملزمة قال فإن ظهرت العين وقيمتها
أكثر مما ضمن وقد ضمنها بقول المالك أو ببينة أقامها أو بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار
للمالك وهو للغاصب لأنه تم له الملك بسبب اتصل به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار
قال فإن كان ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فهو بالخيار إن شاء أمضى الضمان وإن
شاء أخذ العين ورد العوض لأنه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة
وأخذ دونها لعدم الحجة ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه أو دونه في هذا الفصل
الأخير فكذلك الجواب في ظاهر الرواية وهو الأصح خلافا لما قاله الكرخي أنه لا خيار له
لأنه لم يتم رضاه حيث لم يعط ما يدعيه والخيار لفوات الرضا قال ومن غصب عبدا
فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه وإن أعتقه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه لأن ملكه الثابت
فيه ناقص لثبوته مستندا أو ضرورة ولهذا يظهر في حق الأكساب دون الأولاد
والناقص يكفي لنفوذ البيع دون العتق كملك المكاتب قال وولد المغصوبة ونماؤها
وثمرة البستان المغصوب أمانة في يد الغاصب إن هلك فلا ضمان عليه إلا أن يتعدى فيها
أو يطلبها مالكها فيمنعها إياه وقال الشافعي زوائد الغصب مضمونة متصلة كانت
أو منفصلة لوجود الغصب وهو إثبات اليد على مال الغير بغير رضاه كما في الظبية المخرجة
من الحرم إذا ولدت في يده يكون مضمونا عليه ولنا أن الغصب إثبات اليد على مال الغير
على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها

الغاصب

الغاصب ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها إذ الظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد
بعد طلبه يضمنه وكذا إذا تعدى فيه كما قال في الكتاب وذلك بأن أتلفه أو ذبحه وأكله
أو باعه وسلمه وفي الظبية المخرجة لا يضمن ولدها إذا هلك قبل التمكن من الإرسال لعدم
المنع وإنما يضمنه إذا هلك بعده لوجود المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع وعلى هذا
أكثر مشايخنا رحمهم الله ولو أطلق الجواب فهو ضمان جناية ولهذا يتكرر بتكررها ويجب
بالإعانة والإشارة فلأن يجب بما هو فوقها وهو إثبات اليد على مستحق الأمن أولى
وأحرى قال وما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب فإن كان في قيمة الولد
وفاء به جبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب وقال زفر والشافعي لا يجبر
النقصان بالولد لأن الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه كما في ولد الظبية وكما إذا
هلك الولد قبل الرد أو ماتت الأم وبالولد وفاء وصار كما إذا جز صوف شاة غيره
أو قطع قوائم شجر غيره أو خصى عبد غيره أو علمه الحرفة ولنا أن سبب الزيادة والنقصان
واحد وهو الولادة أو العلوق على ما عرف وعند ذلك لا يعد نقصانا فلا يوجب ضمانا
وصار كما إذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت أو سقطت ثنيتها ثم نبتت أو قطع
يد المغصوب في يده وأخذ أرشها وأداه مع العبد يحتسب عن نقصان القطع وولد الظبية
ممنوع وكذا إذا ماتت الأم وتخريج الثانية أن الولادة ليست بسبب لموت الأم إذ لا
تفضي إليه غالبا وبخلاف ما إذا مات الولد قبل الرد لأنه لا بد من رد أصله للبراءة
فكذا لا بد من رد خلفه والخصاء لا يعد زيادة لأنه غرض بعض الفسقة ولا اتحاد
في السبب فيما وراء ذلك من المسائل لأن سبب النقصان القطع والجز وسبب الزيادة النمو
وسبب النقصان التعليم والزيادة سببها الفهم قال ومن غصب جارية فزنى بها ثم ردها
فحبلت وماتت في نفاسها يضمن قيمتها يوم علقت ولا ضمان عليه في الحرة وهذا
عند أبي حنيفة وقالا لا يضمن في الأمة أيضا لهما أن الرد قد صح والهلاك بعده
بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة فلا يضمن الغاصب كما إذا حمت في يد
الغاصب ثم ردها فهلكت أو زنت في يده ثم ردها فجلدت فهلكت منه وكمن
اشترى جارية قد حبلت عند البائع فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع
على البائع بالثمن وله أنه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردت وفيها ذلك
فلم يوجد الرد على الوجه الذي أخذه فلم يصح الرد وصار كما إذا جنت في يد الغاصب جناية
فقتلت بها في يد المالك أو دفعت بها بأن كانت الجناية خطأ يرجع على الغاصب بكل القيمة

كذا هذا بخلاف الحرة لأنها لا تضمن بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد وفي فصل الشراء
الواجب ابتداء التسليم وما ذكرناه شرط صحة الرد والزنا سبب لجلد مؤلم لا جارح
ولا متلف فلم يوجد السبب في يد الغاصب قال ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه إلا أن ينقص
باستعماله فيغرم النقصان وقال الشافعي يضمنها فيجب أجر المثل ولا فرق في المذهبين بينما
إذا عطلها أو سكنها وقال مالك إن سكنها يجب أجر المثل وإن عطلها لا شيء عليه له
أن المنافع أموال متقومة حتى تضمن بالعقود فكذا بالغصب ولنا أنها حصلت على ملك
الغاصب لحدوثها في إمكانه إذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لأنها أعراض لا تبقى فيملكها
دفعا لحاجته والإنسان لا يضمن ملكه كيف وأنه لا يتحقق غصبها وإتلافها لأنه لا بقاء
لها ولأنها لا تماثل الأعيان لسرعة فنائها وبقاء الأعيان وقد عرفت هذه المآخذ
في المختلف ولا نسلم أنها متقومة في ذاتها بل تتقوم ضرورة عند ورود العقد ولم
يوجد العقد إلا أن ما انتقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض أجزاء العين ٥

فصل في غصب ما لا يتقوم قال وإذا أتلف المسلم خمر الذمي أو خنزيره ضمن وإن أتلفهما
لمسلم لم يضمن وقال الشافعي لا يضمنهما للذمي أيضا وعلى هذا الخلاف إذا أتلفهما ذمي
على ذمي أو باعهما الذمي من الذمي له أنه سقط تقومهما في حق المسلم فكذا في حق الذمي
لأنهم أتباع لنا في الأحكام فلا يجب بإتلافهما مال متقوم وهو الضمان ولنا أن التقوم
باق في حقهم إذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير لهم كالشاة لنا ونحن أمرنا بأن نتركهم
وما يدينون والسيف موضوع فتعذر الإلزام وإذا بقي التقوم فقد وجد إتلاف
مال مملوك متقوم فيضمنه بخلاف الميتة والدم لأن أحدا من أهل الأديان لا يدين تمولهما
إلا أنه يجب قيمة الخمر وإن كانت من ذوات الأمثال لأن المسلم ممنوع عن تمليكها لكونه
إعزازا لها بخلاف ما إذا جرت المبايعة بين الذميين لأن الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر
وتملكها وهذا بخلاف الربا لأنه مستثنى عن عقودهم وبخلاف العبد المرتد يكون للذمي
لأنا ما ضمنا لهم ترك التعرض له لما فيه من الاستخفاف بالدين وبخلاف متروك التسمية
إذا كان لمن يبيحه لأن ولاية المحاجة ثابتة قال فإن غصب من مسلم خمرا فخللها أو
جلد ميتة فدبغه فلصاحب الخمر أن يأخذ الخل بغير شيء ويأخذ جلد الميتة ويرد عليه
ما زاد الدباغ فيه والمراد بالفصل الأول إذا خللها بالنقل من الشمس إلى الظل ومنه
إلى الشمس وبالفصل الثاني إذا دبغه بما له قيمة كالقرظ والعفص ونحو ذلك والفرق
أن هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه إذ لا تثبت المالية به و

بالغصب

بهذا

بهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ في الثوب فكان بمنزلته فلهذا
يأخذ الخل بغير شيء ويأخذ الجلد ويعطي ما زاد الدباغ فيه وبيانه أن ينظر إلى قيمته ذكيا
غير مدبوغ وإلى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب أن يحبسه حتى يستوفي حقه
كحق الحبس في المبيع قال وإن استهلكهما ضمن الخل ولم يضمن الجلد وهذا عند أبي حنيفة رح
وقالا يضمن الجلد مدبوغا ويعطي ما زاد الدباغ فيه ولو هلك في يده لا يضمنه بالإجماع
أما الخل فلأنه لما بقي على ملك مالكه وهو مال متقوم ضمنه بالإتلاف ويجب مثله لأن الخل
من ذوات الأمثال وأما الجلد فلهما أنه باق على ملك المالك حتى كان له أن يأخذه وهو مال
متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما إذا غصب ثوبا فصبغه
ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه ولأنه واجب الرد فإذا فوته عليه خلفه
قيمته كما في المستعار وبهذا فارق الهلاك بنفسه وقوله يعطي ما زاد الدباغ فيه محمول
على اختلاف الجنس أما عند اتحاده فيطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقي لعدم الفائدة
في الأخذ منه ثم في الرد عليه وله أن التقوم حصل بصنع الغاصب وصنعته متقومة لاستعماله
آلة متقومة ولهذا كان له أن يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ فيه فكان حقا له والجلد
تبع لها في حق التقوم ثم الأصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع كما إذا هلك من غير
صنعه بخلاف وجوب الرد حال قيامه لأنه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك
لثبوته قبلها وإن لم يكن متقوما بخلاف الذكي والثوب لأن التقوم فيهما كان ثابتا
قبل الدبغ والصبغ فلم يكن تابعا للصنعة ولو كان قائما فأراد المالك أن يتركه على الغاصب
في هذا الوجه ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة وعندهما له ذلك لأنه
إذا تركه عليه وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو على هذا الخلاف
على ما بيناه ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك
وقيل قيمة جلد ذكي غير مدبوغ ولو دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو لمالكه
بلا شيء لأنه بمنزلة غسل الثوب ولو استهلكه الغاصب يضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا
غير مدبوغ لأن وصف الدباغة هو الذي حصله فلا يضمنه وجه الأول وعليه الأكثرون
أن صفة الدباغة تابعة للجلد فلا تفرد عنه وإذا صار الأصل مضمونا عليه فكذا صفته و
لو خلل الخمر بإلقاء الملح فيه قالوا عند أبي حنيفة رح ملكه الغاصب ولا شيء عليه وعندهما
أخذه المالك وأعطى ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد ومعناه ههنا أن يعطي مثل وزن الملح
من الخل وإن أراد المالك تركه عليه وتضمينه فهو على ما قيل وقيل في دبغ الجلد ولو استهلكه

قيل ليس له ذلك لأن الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لأن له قيمة م

عليه م

لا يضمن عند أبي حنيفة خلافا لهما كما في دبغ الجلد ولو خللها بإلقاء الخل فيها فعن محمد
أن صار خلا من ساعته يصير ملكا للغاصب ولا شيء عليه لأنه استهلاك وهو غير
متقوم وإن لم يصر خلا إلا بعد زمان بأن كان الملقى فيه خلا قليلا فهو بينهما على
قدر كيلهما لأنه خلط الخل بالخل في التقدير وهو على أصله ليس باستهلاك وعند
أبي حنيفة هو للغاصب في الوجهين ولا شيء عليه لأن نفس الخلط استهلاك
عنده ولا ضمان في الاستهلاك في الوجه الأول لما بينا ويضمن في الوجه الثاني
لأنه أتلف ملك غيره وبعض المشايخ أجروا جواب الكتاب على إطلاقه أن للمالك
أن يأخذ الخل في الوجوه كلها بغير شيء لأن الملقى فيه يصير مستهلكا في الخمر فلم يبق
متقوما وقد كثرت فيه أقوال المشايخ وقد أثبتناها في كفاية المنتهى قال ومن
كسر لمسلم بربطا أو طبلا أو مزمارا أو دفا أو أراق له سكرا أو منصفا فهو ضامن
وبيع هذه الأشياء جائز وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا يضمن ولا يجوز بيعها
وقيل الاختلاف في الدف والطبل الذي يضرب للهو فأما طبل الغزاة والدف
الذي يباح ضربه في العرس يضمن بالإتلاف من غير خلاف وقيل الفتوى في الضمان
على قولهما والسكر اسم للنيء من ماء الرطب إذا اشتد والمنصف ما ذهب نصفه بالطبخ
وفي المطبوخ أدنى طبخة وهو الباذق عن أبي حنيفة روايتان في التضمين والبيع
لهما أن هذه الأشياء أعدت للمعصية فبطل تقومها كالخمر ولأنه فعل ما فعل آمرا بالمعروف
وهو بأمر الشرع فلا يضمنه كما إذا فعل بإذن الإمام ولأبي حنيفة أنها أموال لصلاحيتها
لما يحل من وجوه الانتفاع وإن صلحت لما لا يحل فصار كالأمة المغنية وهذا لأن الفساد
بفعل فاعل مختار فلا يوجب سقوط التقوم وجواز البيع والتضمين مرتبان على المالية
والتقوم والأمر بالمعروف باليد إلى الأمراء لقدرتهم وباللسان إلى غيرهم وتجب قيمتها
غير صالحة للهو كما في الجارية المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك
المقاتل والعبد الخصي تجب القيمة غير صالحة لهذه الأمور كذا هذا وفي السكر والمنصف
تجب قيمتهما ولا يجب المثل لأن المسلم ممنوع عن تملك عينه وإن كان لو فعل جاز وهذا
بخلاف ما إذا أتلف على نصراني صليبا حيث يضمن قيمته صليبا لأنه مقر على ذلك
قال ومن غصب أم ولد أو مدبرة فماتت في يده ضمن قيمة المدبرة ولم يضمن قيمة أم الولد
وهذا عند أبي حنيفة وقالا يضمن قيمتهما لأن مالية المدبرة متقومة بالاتفاق
ومالية أم الولد غير متقومة عنده وعندهما متقومة والدلائل ذكرناها في العتاق

لو تلف ملك نفسه وعند محمد
لا يضمن بالاستهلاك م

من هذا الكتاب

كتاب الشفعة

الشفعة مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها
لما فيها من ضم المشتراة إلى عقار الشفيع قال الشفعة واجبة للخليط في نفس
المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار أفاد هذا اللفظ ثبوت
حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وأفاد الترتيب أما الثبوت فلقوله عليه السلام
الشفعة لشريك لم يقاسم ولقوله عليه السلام جار الدار أحق بالدار والأرض ينتظر له
وإن كان غائبا إذا كان طريقهما واحدا ولقوله عليه السلام الجار أحق بسقبه قيل
يا رسول الله ما سقبه قال صلى الله تعالى عليه وسلم شفعته ويروى الجار أحق بشفعته
وقال الشافعي لا شفعة بالجوار لقوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود
وصرفت الطرق فلا شفعة ولأن حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه
من تملك المال على الغير من غير رضاه وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس
في معناه لأن مؤنة القسمة تلزمه في الأصل دون الفرع ولنا ما روينا ولأن
ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تأبيد وقرار فيثبت له حق الشفعة عند وجود المقابلة
بالمال اعتبارا بمورد الشرع وهذا لأن الاتصال على هذه الصفة إنما انتصب سببا
فيه لدفع ضرر الجوار إذ هو مادة المضار على ما عرف وقطع هذه المادة بتملك
الأصيل أولى لأن الضرر في حقه بإزعاجه عن خطة آبائه أقوى وضرر القسمة
مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره وأما الترتيب فلقوله عليه السلام الشريك
أحق من الخليط والخليط أحق من الشفيع فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق
المبيع والشفيع هو الجار ولأن الاتصال بالشركة في المبيع أقوى لأنه في كل جزء
وبعده الاتصال في الحقوق لأنه شركة في مرافق الملك والترجيح يتحقق بقوة السبب
ولأن ضرر القسمة إن لم يصلح علة صلح مرجحا قال وليس للشريك في الطريق و
الشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة لما ذكرنا أنه مقدم قال فإن سلم
فالشفعة للشريك في الطريق فإن سلم أخذها الجار لما بينا من الترتيب والمراد بهذا
الجار الملاصق وهو الذي على ظهر الدار المشفوعة وبابه في سكة أخرى وعن أبي يوسف
أنه مع وجود الشريك في الرقبة لا شفعة لغيره سلم أو استوفى لأنهم محجوبون به
ووجه الظاهر أن السبب تقرر في حق الكل إلا أن للشريك حق التقدم فإذا سلم
كان لمن يليه بمنزلة دين الصحة مع دين المرض والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها
كما في منزل معين من الدار أو جدار معين منها وهو مقدم على الجار في المنزل

المعاوضة

وكذا على الجار في بقية الدار في أصح الروايتين عن أبي يوسف لأن اتصاله أقوى والبقعة
واحدة ثم لا بد أن يكون الطريق أو الشرب خاصا حتى يستحق الشفعة بالشركة فيه فالطريق
الخاص أن لا يكون نافذا والشرب الخاص أن يكون نهرا لا تجري فيه السفن وما تجري
فيه فهو عام وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وعن أبي يوسف الخاص أن يكون نهرا يسقى
منه قراحان أو ثلاثة وما زاد على ذلك فهو عام فإن كانت سكة غير نافذة يتشعب
منها سكة غير نافذة وهي مستطيلة فبيعت دار في السفلى فلأهلها الشفعة خاصة
دون أهل العليا وإن بيعت في العليا فلأهل السكتين والمعنى ما ذكرنا في كتاب أدب
القاضي ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر أصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه
قال ولا يكون الرجل بالجذوع على الحائط شفيع شركة ولكنه شفيع جوار
لأن العلة هي الشركة في العقار وبوضع الجذوع لا يصير شريكا في الدار إلا أنه
جار ملازق والشريك في الخشبة تكون على حائط الدار جار لما بينا. قال
وإذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤوسهم ولا يعتبر اختلاف الأملاك
وقال الشافعي هي على مقادير الأنصباء لأن الشفعة من مرافق الملك ألا يرى أنها
لتكميل منفعته فأشبه الربح والغلة والولد والثمرة ولنا أنهم استووا في سبب الاستحقاق
وهو الاتصال فيستوون في الاستحقاق ألا يرى أنه لو انفرد واحد منهم استحق
كمال الشفعة وهذا آية كمال السبب وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة والترجيح
يقع بقوة الدليل لا بكثرته ولا قوة ههنا لظهور الأخرى بمقابلته وتملك ملك
غيره لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه بخلاف الثمرة وأشباهها ولو أسقط بعضهم حقه
فهي للباقين في الكل على عددهم لأن الانتقاص للمزاحمة مع كمال السبب في
حق كل منهم وقد انقطعت ولو كان البعض غيبا يقضى بها بين الحضور على عددهم
لأن الغائب لعله لا يطلب وإن قضى للحاضر بالجميع ثم حضر آخر يقضى له
بالنصف ولو حضر ثالث فبثلث ما في يد كل واحد تحقيقا للتسوية فلو سلم الحاضر
بعدما قضي له بالجميع لا يأخذ القادم إلا النصف لأن قضاء القاضي بالكل
للحاضر قطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء. قال والشفعة
تجب بعقد البيع ومعناه بعده لا أنه هو السبب لأن سببها الاتصال على ما بيناه
والوجه فيه أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها
ولهذا يكتفى بثبوت البيع في حقه حتى يأخذها الشفيع إذا أقر البائع بالبيع وإن

وإن كان المشتري يكذبه. قال ثم يتعلق بالإشهاد ولا بد من طلب المواثبة لأنه
حق ضعيف يبطل بالإعراض فلا بد من الإشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه
دون إعراضه عنه ولأنه يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه إلا بالإشهاد
قال وتملك بالأخذ إذا سلمها المشتري أو حكم بها حاكم لأن الملك للمشتري قد تم
فلا ينتقل إلى الشفيع إلا بالتراضي أو قضاء القاضي كما في الرجوع في الهبة ويظهر
فائدة هذا فيما إذا مات الشفيع بعد الطلبين وباع داره المستحق بها الشفعة أو
بيعت دار بجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم أو تسليم المخاصم لا يورث عنه في الصورة
الأولى ويبطل شفعته في الثانية ولا يستحقها في الثالثة لانعدام الملك له
ثم قوله تجب بعقد البيع بيان أنه لا يجب إلا عند معاوضة المال بالمال على ما نبينه إن شاء الله

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

قال وإذا علم الشفيع بالبيع أشهد في
مجلسه ذلك على المطالبة اعلم أن الطلب على ثلاثة أوجه طلب المواثبة وهو أن يطلبها
كما علم حتى لو بلغه البيع ولم يطلب بطلت شفعته لما ذكرنا ولقوله عليه السلام الشفعة
لمن واثبها ولو أخبر بكتاب والشفعة في أوله أو في وسطه فقرأ الكتاب إلى آخره
بطلت شفعته وعلى هذا عامة المشايخ وهو رواية عن محمد وعنه أن له مجلس العلم
والروايتان في النوادر وبالثانية أخذ الكرخي لأنه لما ثبت له خيار التملك لا بد
من زمان التأمل كما في المخيرة ولو قال بعدما بلغه البيع الحمد لله أو لا حول ولا قوة
إلا بالله أو قال سبحان الله لا تبطل شفعته لأن الأول حمد على الخلاص من جواره
والثاني تعجب منه لقصد إضراره والثالث لافتتاح كلامه فلا يدل شيء منه على الإعراض
وكذا إذا قال من ابتاعها وبكم بيعت لأنه يرغب فيها بثمن دون ثمن ويرغب عن
مجاورة بعض دون بعض والمراد بقوله في الكتاب أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة
طلب المواثبة والإشهاد فيه ليس بلازم إنما هو لنفي التجاحد والتقييد بالمجلس إشارة
إلى اختيار الكرخي ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة كما لو قال
طلبت الشفعة أو أطلبها أو أنا طالبها لأن الاعتبار للمعنى وإذا بلغ الشفيع
بيع الدار لم يجب عليه الإشهاد حتى يخبره رجلان أو رجل وامرأتان أو واحد
عدل عند أبي حنيفة وقالا يجب عليه أن يشهد إذا أخبره واحد حرا كان أو
عبدا صبيا أو امرأة إذا كان الخبر حقا وأصل الاختلاف في عزل الوكيل
وقد ذكرناه بدلائله وأخواته فيما تقدم وهذا بخلاف المخيرة إذا أخبرت

عذر لأنه ليس فيه إلزام حكم وبخلاف ما إذا أخبره المشتري لأنه خصم فيه والعدالة
غير معتبرة في الخصوم قال والثاني طلب التقرير والإشهاد لأنه محتاج إليه لإثباته
عند القاضي على ما ذكرنا ولا يمكنه الإشهاد ظاهرا على طلب المواثبة لأنه على فور
العلم بالشراء فيحتاج بعد ذلك إلى طلب الإشهاد والتقرير وبيانه ما قال في الكتاب
ثم ينهض منه يعني من المجلس ويشهد على البائع إن كان المبيع في يده معناه لم يسلم هذا
إلى المشتري أو على المبتاع أو عند العقار فإن فعل ذلك استقرت شفعته و فاذا
لأن كل واحد منهما خصم فيه لأن للأول اليد وللثاني الملك وكذا يصح الإشهاد عند المبيع اليد م
لأن الحق متعلق به فإن سلم البائع المبيع لم يصح الإشهاد عليه لخروجه من أن يكون
خصما إذ لا يد له فصار كالأجنبي وصورة هذا الطلب أن يقول إن فلانا اشترى ولا ملك م
هذه الدار وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك
وعن أبي يوسف أنه يشترط تسمية المبيع وتحديده لأن المطالبة لا تصح إلا في معلوم والثالث
طلب الخصومة والتمليك وسنذكر كيفيته من بعد إن شاء الله تعالى قال ولا تسقط الشفعة
بتأخير هذا الطلب عند أبي حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف معناه إذا تركها من غير
عذر وقال محمد رضي الله عنه إن تركها شهرا بعد الإشهاد بطلت وهو قول زفر
معناه إذا تركها من غير عذر وعن أبي يوسف إذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس
القاضي تبطل شفعته لأنه إذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصم فيه اختيارا دل ذلك
على إعراضه وتسليمه وجه قول محمد أنه لو لم يسقط بتأخير الخصومة أبدا يتضرر به المشتري
لأنه لا يمكنه التصرف حذارا نقضه من جهة الشفيع فقدرناه بشهر لأنه آجل وما دونه
عاجل على ما مر في الأيمان وجه قول أبي حنيفة وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى
أن الحق متى ثبت واستقر لا يسقط إلا بإسقاطه وهو التصريح بلسانه كما في سائر
الحقوق وما ذكر من الضرر يشكل بما إذا كان غائبا ولا فرق في حق المشتري بين الحضر
والسفر ولو علم أنه لم يكن في البلدة قاض لا تبطل شفعته بالتأخير بالاتفاق
لأنه لا يتمكن من الخصومة إلا عند القاضي فكان عذرا قال وإذا تقدم الشفيع
إلى القاضي فادعى الشراء وطلب الشفعة سأل القاضي المدعى عليه فإن اعترف بملكه
الذي يشفع به وإلا كلفه إقامة البينة لأن اليد ظاهر محتمل فلا يكفي لإثبات الاستحقاق
قال رضي الله عنه يسأل القاضي المدعي قبل أن يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار وحدودها
لأنه ادعى حقا فيها فصار كما إذا ادعى رقبتها وإذا بين ذلك يسأل عن سبب

شفعته لاختلاف أسبابها فإن قال أنا شفيعها بدار لي تلاصقها الآن تم دعواه
على ما قاله الخصاف وذكر في الفتاوى تحديد هذه الدار التي يشفع بها أيضا وقد
بيناه في الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد قال فإن عجز عن البينة استحلف المشتري
بالله ما يعلم أنه مالك للذي ذكره مما يشفع به معناه بطلب الشفيع لأنه ادعى عليه
معنى لو أقر به لزمه ثم هو استحلاف على ما في يد غيره فيحلف على العلم فإن نكل أو
قامت للشفيع بينة ثبت ملكه في الدار التي بها يشفع وثبت الجوار فبعد ذلك
سأله القاضي يعني المدعى عليه هل ابتاع أم لا فإن أنكر الابتياع قيل للشفيع أقم
البينة لأن الشفعة لا تجب إلا بعد ثبوت البيع وثبوته بالحجة قال فإن عجز عنها
استحلف المشتري بالله ما ابتاع أو بالله ما استحق في هذه الدار شفعة من الوجه الذي
ذكره فهذا على الحاصل والأول على السبب وقد استوفينا الكلام فيه في الدعوى
وذكرنا الاختلاف بتوفيق الله وإنما يحلفه على البتات لأنه استحلاف على فعل نفسه
وعلى ما في يده أصالة وفي مثله يحلف على البتات قال وتجوز المنازعة في الشفعة
وإن لم يحضر الشفيع الثمن إلى مجلس القاضي فإذا قضى القاضي بالشفعة لزمه إحضار انه م
الثمن وهذا ظاهر رواية الأصل وعن محمد لا يقضي حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية
الحسن عن أبي حنيفة لأن الشفيع عساه يكون مفلسا فيتوقف القضاء على إحضاره
حتى لا يتوى مال المشتري وجه الظاهر أنه لا ثمن له عليه قبل القضاء ولهذا لا
يشترط تسليمه فكذا لا يشترط إحضاره وإذا قضى له بالدار فللمشتري أن يحبسها حتى
يستوفي الثمن وينفذ القضاء عند محمد أيضا لأنه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبس فيه
فلو أخر أداء الثمن بعدما قال له ادفع الثمن إليه لا تبطل شفعته لأنها تأكدت
بالخصومة عند القاضي قال وإن أحضر الشفيع البائع والمبيع في يده فله أن يخاصمه
في الشفعة لأن اليد له وهي يد مستحقة ولا يسمع القاضي البينة حتى يحضر المشتري
فيفسخ البيع بمشهد منه ويقضي بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه لأن الملك
للمشتري واليد للبائع والقاضي يقضي بهما للشفيع فلا بد من حضورهما بخلاف ما
إذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتبر حضور البائع لأنه صار أجنبيا إذ لا
يبقى له يد ولا ملك وقوله فيفسخ البيع بمشهد منه إشارة إلى علة أخرى وهي أن البيع
في حق المشتري إذا كان ينفسخ لا بد من حضوره ليقضى بالفسخ عليه ثم وجه هذا الفسخ
المذكور أن ينفسخ في حق الإضافة لامتناع قبض المشتري بالأخذ بالشفعة

وهو يوجب الفسخ الا انه يبقى أصل البيع لتعذر انفساخه لان الشفعة بناء عليه ولكنه
يتحول الصفقة اليه ويصير كانه المشتري منه فلهذا يرجع بالعهدة على البائع بخلاف
ما اذا قبضه المشتري فاخذ من يده حيث تكون العهدة عليه لانه تم ملكه بالقبض وفي
الوجه الاول امتنع قبض المشتري وانه يوجب الفسخ وقد طولنا الكلام فيه في كفاية
المنتهي بتوفيق الله تعالى قال ومن اشترى دارا لغيره فهو الخصم للشفيع لانه هو العاقد
والاخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه قال الا ان يسلمها الى الموكل لانه لم يبق
له يد ولا ملك فيكون الخصم هو الموكل وهذا لان الوكيل كالبائع من الموكل على ما عرف
فتسليمه اليه كتسليم البائع الى المشتري فيصير الخصومة معه الا انه مع ذلك قائم
مقام الموكل فيكتفى بحضوره في الخصومة قبل التسليم وكذا اذا كان البائع وكيلا
للغائب فللشفيع ان ياخذها منه اذا كانت في يده لانه عاقد وكذا اذا كان البائع
وصيا لميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا قال واذا قضي للشفيع بالدار ولم يكن رآها
فله خيار الرؤية وان وجد بها عيبا فله ان يردها وان كان المشتري شرط البراءة
منه لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء الا يرى انه مبادلة المال بالمال فيثبت فيه
الخياران كما في الشراء ولا يسقط بشرط البراءة من المشتري ولا برؤيته لانه
ليس بنائب عنه فلا يملك اسقاطه **فصل في الاختلاف** قال وان اختلف عنه م
الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري لان الشفيع يدعي استحقاق الدار عليه
عند نقد الاقل وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان لان الشفيع
ان كان يدعي عليه استحقاق الدار فالمشتري لا يدعي عليه شيئا لتخيره بين الترك والاخذ
ولا نص ههنا فلا يتحالفان ولو اقاما البينة فالبينة للشفيع عند ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف البينة بينة المشتري لانها اكثر اثباتا فصار كبينة البائع والوكيل و
المشتري من العدو ولهما انه لا تنافي فيجعل كان الموجود بيعان وللشفيع ان ياخذ بايهما
شاء وهذا بخلاف البائع مع المشتري لانه لا يتوالى بينهما عقدان الا بانفساخ الاول
وههنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع وهو التخريج لبينة الوكيل لانه كالبائع والموكل
كالمشتري منه كيف وانها ممنوعة على ما روي عن محمد واما المشتري من العدو فقلنا ذكر
في السير الكبير ان البينة بينة المالك القديم فلنا ان نمنع وبعد التسليم نقول لا يصح الثاني
هنالك الا بفسخ الاول اما ههنا بخلافه ولان بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري
غير ملزمة والبينات للالزام قال واذا ادعى المشتري ثمنا وادعى البائع اقل منه

(البائع) م

ولم يقبض الثمن اخذها الشفيع بما قال البائع وكان ذلك حطا عن المشتري و
هذا لان الامر ان كان على ما قال فقد وجبت الشفعة به وان كان على ما قال المشتري
فقد حط البائع بعض الثمن وهذا الحط يظهر في حق الشفيع على ما نبين ان شاء الله تعالى
ولان التملك على البائع بايجابه فكان القول قوله في مقدار الثمن ما بقيت مطالبته
فياخذ الشفيع بقوله ولو ادعى البائع الاكثر يتحالفان ويترادان وايهما نكل ظهر
ان الثمن ما يقوله الآخر فياخذها الشفيع بذلك وان حلفا يفسخ القاضي البيع
على ما عرف وياخذها الشفيع بقول البائع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع
قال فان كان قبض الثمن اخذ بما قال المشتري ان شاء ولم يلتفت الى قول البائع لانه
لما استوفى الثمن انتهى حكم العقد وخرج هو من البين وصار كالاجنبي وبقي الاختلاف
بين المشتري والشفيع وقد بيناه ولو كان نقد الثمن غير ظاهر فقال البائع بعت الدار
بالف وقبضت الثمن ياخذها الشفيع بالف لانه لما بدا بالاقرار بالبيع تعلقت الشفعة بالف
به فبقوله بعد ذلك قبضت الثمن يريد اسقاط حق الشفيع فيرد عليه ولو قال قبضت
الثمن وهو الف لم يلتفت الى قوله لان بالاول وهو الاقرار بقبض الثمن خرج من البين
وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن **فصل فيما يؤخذ به المشفوع** قال واذا حط
البائع عن المشتري بعض الثمن يسقط ذلك عن الشفيع وان حط جميع الثمن لم يسقط
عن الشفيع لان حط البعض يلتحق باصل العقد ويظهر في حق الشفيع لان الثمن ما بقي
وكذا اذا حط بعدما اخذها الشفيع بالثمن يحط عن الشفيع حتى يرجع عليه بذلك
القدر بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق باصل العقد بحال وقد بيناه في البيوع
[illegible] وان زاد المشتري للبائع في الثمن لم يلزم الزيادة الشفيع لان في اعتبار
الزيادة ضررا بالشفيع لاستحقاقه الاخذ بما دونها بخلاف الحط لان فيه منفعة له
ونظير الزيادة اذا جدد العقد باكثر من الثمن الاول لم يلزم الشفيع حتى كان له ان ياخذها
بالثمن الاول لما بينا كذا هذا قال ومن اشترى دارا بعرض اخذها الشفيع بقيمته لانه من
ذوات القيم وان اشتراها بمكيل او موزون اخذها بمثله تملكه فيراعى بالقدر
الممكن كما في الاتلاف والعددي المتقارب من ذوات الامثال وان باع عقارا
بعقار اخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الآخر لانه بدله وهو من ذوات القيم فياخذه
بقيمته قال واذا باع بثمن مؤجل فللشفيع الخيار ان شاء اخذها بثمن حال وان
شاء صبر حتى ينقضي الاجل ثم ياخذها وليس له ان ياخذها في الحال بثمن مؤجل

بمثله لانها من ذوات الامثال وهذا لان الشرع اثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري م

وقال زفر له ذلك وهو قول الشافعي في القديم لان كونه مؤجلا وصف في الثمن
كالزيافة والاخذ بالشفعة به فيأخذه باصله ووصفه كما في الزيوف ولنا
ان الاجل انما يثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع او المبتاع وليس
الرضا به في حق المشتري رضا به في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة
وليس الاجل وصف الثمن لانه حق المشتري ولو كان وصفا له لتبعه فيكون حقا
للبائع كالثمن فصار كما اذا اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم ولاه غيره لا يثبت الاجل
الا بالذكر كذا هذا ثم ان اخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري لما بينا
من قبل وان اخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان لان الشرط
الذي جرى بينهما لم يبطل باخذ الشفيع فبقي موجبه فصار كما اذا باعه بثمن حال وقد
اشتراه مؤجلا وان اختار الانتظار له ذلك لان له ان لا يلتزم زيادة الضرر
من حيث النقدية وقوله في الكتاب وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل مراده الصبر
عن الاخذ اما الطلب عليه في الحال حتى لو سكت عنه بطلت شفعته عند ابي حنيفة ومحمد
خلافا لقول ابي يوسف الآخر لان حق الشفعة انما يثبت بالبيع والاخذ يتراخى
عن الطلب وهو متمكن من الاخذ في الحال بان يؤدي الثمن حالا فيشترط الطلب
عند العلم بالبيع قال واذا اشترى ذمي بخمر او خنزير دارا وشفيعها ذمي اخذها
بمثل الخمر وقيمة الخنزير لان هذا البيع مقضي بالصحة فيما بينهم وحق الشفعة يعم
المسلم والذمي والخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة فياخذ في الاول بالمثل وفي الثاني
بالقيمة قال وان كان شفيعها مسلما اخذها بقيمة الخمر والخنزير اما الخنزير فظاهر
وكذا الخمر لامتناع التسليم والتسلم في حق المسلم فالتحق بغير المثلي وان كان شفيعها مسلما
وذميا اخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر والذمي نصفها بنصف مثل الخمر اعتبارا
للبعض بالكل فلو اسلم الذمي اخذها بنصف قيمة الخمر لعجزه عن تمليك الخمر وبالاسلام
يتأكد حقه لا ان يبطل فصار كما اذا اشتراها بكر من رطب فحضر الشفيع بعد انقطاعه
يأخذها بقيمة الرطب كذا هذا **فصل** واذا بنى المشتري او غرس ثم قضي للشفيع
بالشفعة فهو بالخيار ان شاء اخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء
كلف المشتري قلعه وعن ابي يوسف انه لا يكلف القلع ويخير بين ان يأخذ بالثمن
وقيمة البناء والغرس وبين ان يترك وبه قال الشافعي الا ان عنده له ان
يقلع ويعطي قيمة البناء لابي يوسف انه محق في البناء لانه بناه على ان الدار ملكه

والتكليف بالقلع من احكام العدوان وصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسدا
وكما اذا زرع المشتري فانه لا يكلف القلع وهذا لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع
اعلى الضررين بتحمل الادنى فيصار اليه ووجه ظاهر الرواية انه بنى في محل تعلق
به حق متأكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض كالراهن اذا بنى
في المرهون وهذا لان حقه اقوى من حق المشتري لانه يتقدم عليه ولهذا ينقض بيعه
وهبته وغيره من تصرفاته بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد عند ابي حنيفة
لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف
ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى فلا معنى لايجاب القيمة كما في الاستحقاق والزرع
يقلع قياسا وانما لا يقلع استحسانا لان له نهاية معلومة ويبقى بالاجر وليس
فيه كثير الضرر وان اخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه في الغصب ولو اخذها
الشفيع فبنى فيها او غرس ثم استحقت رجع بالثمن لانه تبين انه اخذه بغير حق
ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع ان اخذها منه ولا على المشتري ان اخذها منه
وعن ابي يوسف انه يرجع لانه متملك عليه فنزلا منزلة البائع والمشتري والفرق على ما هو
المشهور ان المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه من جهته ولا غرور ولا تسليط
في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه قال واذا انهدمت الدار او احترق
بناؤها او جف شجر البستان بغير فعل احد فالشفيع بالخيار ان شاء اخذها بجميع الثمن
لان البناء والغرس تابع حتى دخلا في البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شيء من الثمن
ما لم يصر مقصودا ولهذا يبيعها مرابحة بكل الثمن في هذه الصورة بخلاف ما اذا
غرق نصف الارض حيث يأخذ الباقي بحصته لان الفائت بعض الاصل قال
وان شاء ترك لان له ان يمتنع عن تملك الدار بماله قال وان نقض المشتري
البناء قيل للشفيع ان شئت فخذ العرصة بحصتها وان شئت فدع لانه صار مقصودا
بالاتلاف فيقابله شيء من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك بآفة سماوية
وليس للشفيع ان يأخذ النقض لانه صار مفصولا فلم يبق تبعا قال ومن ابتاع
ارضا وعلى نخلها ثمر اخذها الشفيع بثمرها ومعناه اذا ذكر الثمر في البيع لانه
لا يدخل من غير ذكر وهذا الذي ذكره استحسان وفي القياس لا يأخذه لانه ليس بتبع
الا ترى انه لا يدخل في البيع من غير ذكر فاشبه المتاع في الدار وجه الاستحسان
انه باعتبار الاتصال صار تبعا للعقار كالبناء في الدار وما كان مركبا فيه فيأخذه

الشفيع قال وكذلك ان ابتاعها وليس في النخل ثمر فاثمر في يد المشتري يعني ياخذه الشفيع
لانه مبيع تبعا لان البيع يسري اليه على ما عرف في ولد المبيعة قال فان جذه المشتري
ثم جاء الشفيع لا ياخذ الثمر في الفصلين جميعا لانه لم يبق تبعا للعقار وقت الاخذ
حيث صار مفصولا عنه فلا ياخذ قال في الكتاب فان جذه المشتري سقط عن
الشفيع حصته قال رض وهذا جواب الفصل الاول لانه دخل في البيع مقصودا
فيقابله شيء من الثمن اما في الفصل الثاني ياخذ ما سوى الثمر بجميع الثمن لان الثمر
لم يكن موجودا عند العقد فلا يكون مبيعا الا تبعا فلا يقابله شيء من الثمن والله اعلم

باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب

قال الشفعة واجبة في العقار وان كان
مما لا يقسم وقال الشافعي لا شفعة فيما لا يقسم لان الشفعة انما وجبت دفعا
لمؤنة القسمة وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم ولنا قوله عليه السلام الشفعة في كل شيء
عقار او ربع الى غير ذلك من العمومات ولان الشفعة سببها الاتصال في الملك و
الحكمة دفع ضرر سوء الجوار على ما مر وانه ينتظم القسمين ما يقسم وما لا يقسم وهو
الحمام والرحى والبئر والطريق قال ولا شفعة في العروض والسفن لقوله عليه السلام
لا شفعة الا في ربع او حائط وهو حجة على مالك في ايجابها في السفن ولان الشفعة
انما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام والملك في المنقول لا يدوم حسب
دوامه في العقار فلا يلحق به وفي بعض نسخ المختصر ولا شفعة في البناء والنخل اذا
بيعت دون العرصة وهو صحيح مذكور في الاصل لانه لا قرار له فكان نقليا وهذا
بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة في السفل اذا لم يكن طريق العلو فيه لانه بما له
من حق القرار التحق بالعقار قال والمسلم والذمي في الشفعة سواء للعمومات ولانهما
يستويان في السبب والحكمة فيستويان في الاستحقاق ولهذا يستوي فيه الذكر
والانثى والصغير والكبير والباغي والعادل والحر والعبد اذا كان ماذونا او مكاتبا
قال واذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة لانه امكن مراعاة شرط
الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك المشتري صورة او قيمة على ما مر قال ولا شفعة
في الدار التي يتزوج الرجل عليها او يخالع المرأة بها او يستاجر بها دارا او غيرها
او يصالح بها عن دم عمد او يعتق عليها عبدا لان الشفعة عندنا انما تجب في مبادلة
المال بالمال لما بينا وهذه الاعواض ليست باموال فايجاب الشفعة فيها خلاف المشروع
وقلب الموضوع وعند الشافعي تجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده

فامكن الاخذ بقيمتها ان تعذر بمثلها كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لا عوض
فيها رأسا وقوله يأتي فيما اذا جعل شقصا من دار مهرا او ما يضاهيه لانه
لا شفعة عنده الا فيه ونحن نقول ان تقوم منافع البضع في النكاح وغيرها
بعقد الاجارة ضروري فلا يظهر في حق الشفعة وكذا الدم والعتق غير متقوم
لان القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب ولا يتحقق فيهما وعلى
هذا اذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار مهرا لانه بمنزلة المفروض في العقد
في كونه مقابلا بالبضع بخلاف ما اذا باعها بمهر المثل او بالمسمى لانه مبادلة
المال بالمال ولو تزوجها على دار على ان ترد الفا فلا شفعة في جميع الدار عند
ابي حنيفة وقالا تجب في حصة الالف لانه مبادلة مالية في حقه وهو يقول معنى البيع
فيه تابع ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة في
الاصل فكذا في التبع ولان الشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة حتى ان
المضارب اذا باع دارا وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح لكونه تابعا
فيه قال او يصالح عليها بانكار فان صالح عليها باقرار وجبت الشفعة قال
هكذا ذكر في اكثر نسخ المختصر والصحيح او يصالح عنها بانكار مكان قوله عليها
لانه اذا صالح عنها بانكار بقي الدار في يده فهو يزعم انها لم تزل عن ملكه وكذا
اذا صالح عنها بسكوت لانه يحتمل انه بذل المال افتداء ليمينه وقطعا لشغب
خصمه كما اذا انكر صريحا بخلاف ما اذا صالح عنها باقرار لانه معترف بالملك للمدعي
وانما استفاده بالصلح فكان مبادلة مالية اما اذا صالح عليها باقرار او سكوت
او انكار وجبت الشفعة في جميع ذلك لانه اخذها عوضا عن حقه في زعمه اذا لم
يكن من جنسه فيعامل بزعمه قال ولا شفعة في هبة لما ذكرنا الا ان تكون بعوض
مشروط لانه بيع انتهاء ولا بد من القبض وان لا يكون الموهوب ولا عوضه
شائعا لانه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة بخلاف ما اذا لم يكن العوض
مشروطا في العقد لان كل واحد منهما هبة مطلقة الا انه اثيب بعوض منها فامتنع الرجوع
قال ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع لانه يمنع زوال الملك عن البائع
فان اسقط الخيار وجبت الشفعة لانه زال المانع عن الزوال ويشترط الطلب
عند سقوط الخيار في الصحيح لان البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك وان اشترى
بشرط الخيار وجبت الشفعة لانه لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق

والشفعة تبتني عليه على ما مر. واذا اخذها في الثلث وجب البيع لعجز المشتري عن الرد ولا
خيار للشفيع لانه يثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع. وان بيعت دار الى جنبها والخيار
لاحدهما فله الاخذ بالشفعة اما البائع فظ لبقاء ملكه في التي يشفع بها. وكذا اذا كان
للمشتري وفيه اشكال اوضحناه في البيوع فلا نعيده. واذا اخذها كان اجازة منه
للبيع بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل خياره باخذ ما بيع بجنبها
بالشفعة لان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الابطال فكيف بدلالته ثم اذا حضر
شفيع الدار الاولى له ان ياخذها دون الثانية لانعدام ملكه في الاولى حين
بيعت الثانية. قال ومن ابتاع دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها اما قبل القبض
فلعدم زوال ملك البائع وبعد القبض لاحتمال الفسخ وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع
الفساد وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز بخلاف ما اذا كان الخيار
للمشتري في البيع الصحيح لانه صار اخص به تصرفا وفي الفاسد ممنوع عنه. قال
فان سقط الفسخ وجبت الشفعة لزوال المانع وان بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع
بعد فله الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها الى المشتري فهو شفيعها لان الملك له ثم ان سلم
البائع قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعته كما اذا باع بخلاف ما اذا سلم بعده لان
بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط فبقي المأخوذ بالشفعة
على ملكه وان استردها البائع من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعته لانقطاع
ملكه عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة وان استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه
لما بينا. قال واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة
فيها معنى الافراز ولهذا يجري فيها الجبر والشفعة ما شرعت الا في المبادلة المطلقة
قال واذا اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشتري بخيار رؤية او
شرط او بعيب بقضاء القاضي فلا شفعة للشفيع لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم
ملكه والشفعة في انشاء العقد. ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه وان ردها
بعيب بغير قضاء او تقايلا البيع فللشفيع الشفعة لانه فسخ في حقهما لولايتهما على
انفسهما وقد قصدا الفسخ وانه بيع جديد في حق ثالث لوجود حد البيع وهو مبادلة
المال بالمال بالتراضي والشفيع ثالث ومراده الرد بالعيب بعد القبض لان قبله
فسخ من الاصل وان كان بغير قضاء على ما عرف. وفي الجامع الصغير ولا شفعة
في قسمة ولا خيار رؤية وهو بكسر الراء ومعناه لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية

لما بيناه

لما بيناه. ولا تصح الرواية بالفتح عطفا على الشفعة لان الرواية محفوظة في كتاب القسمة
انه تثبت في القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط لانهما شرعا لخلل في الرضا فيما يتعلق
لزومه بالرضا وهذا المعنى موجود في القسمة

باب ما تبطل به الشفعة

قال واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته
لاعراضه عن الطلب وهذا لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة
وكذلك اذا اشهد في المجلس ولم يشهد على احد المتبايعين ولا عند العقار فاذا فعل
ذلك سقطت شفعته وقد اوضحناه فيما تقدم. قال وان صالح من شفعته على عوض بطلت
شفعته ورد العوض لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك
فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى فيبطل الشرط
ويصح الاسقاط. وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا بخلاف القصاص لانه حق متقرر
وبخلاف الطلاق والعتاق لانه اعتياض عن ملك في المحل ونظيره اذا قال للمخيرة اختاريني
بالف او قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بالف فاختارت سقط الخيار ولا يثبت
العوض والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية وفي اخرى لا تبطل الكفالة
ولا يجب المال وقيل هذه رواية في الشفعة وقيل هي في الكفالة خاصة وقد عرف في موضعه
قال واذا مات الشفيع بطلت شفعته وقال الشافعي تورث عنه قال رض معناه اذا
مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة اما اذا مات بعد قضاء القاضي قبل نقد الثمن وقبضه
فالبيع لازم لورثته وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط وقد مر في البيوع ولانه
بالموت يزول ملكه عن داره ويثبت الملك للوارث بعد البيع وقيامه وقت البيع وبقاؤه
للشفيع الى وقت القضاء شرط فلا يستوجب الشفعة بدونه. قال وان مات المشتري
لم تبطل لان المستحق باق ولم يتغير سبب حقه ولو باع في دين المشتري ووصيته ولو باعه
القاضي او الوصي او اوصى المشتري فيها بوصية فللشفيع ان يبطله وياخذ الدار لتقدم حقه
ولهذا ينقض تصرفه في حياته. قال واذا باع الشفيع ما يشفع به قبل ان يقضى له
بالشفعة بطلت شفعته لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك وهو الاتصال بملكه ولهذا
يزول به وان لم يعلم بشراء المشفوعة كما اذا سلم صريحا او ابرأ عن الدين وهو لا يعلم
وهذا بخلاف ما اذا باع الشفيع داره بشرط الخيار له لانه يمنع الزوال فبقي الاتصال
قال ووكيل البائع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له ووكيل المشتري اذا ابتاع فله
الشفعة والاصل ان من باع او بيع له فلا شفعة له ومن اشترى او ابتيع له فله

الشفعة لان الاول باخذ المشفوعة يسعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع والمشتري
لا ينقض شراؤه بالاخذ بالشفعة لانه مثل الشراء وكذلك لو ضمن الدرك عن البائع
وهو الشفيع فلا شفعة له وكذا اذا باع وشرط الخيار لغيره فامضى المشروط له
الخيار البيع وهو الشفيع فلا شفعة له لان البيع تم بامضائه بخلاف ما اذا كان المشروط له
الخيار من جانب المشتري قال واذا بلغ الشفيع انها بيعت بالف درهم فسلم
ثم علم انها بيعت باقل او بحنطة او شعير قيمتها الف او اكثر فتسليمه باطل وله الشفعة
لانه انما سلم لاستكثار الثمن في الاول او لتعذر الجنس الذي بلغه وتيسر ما بيع به
في الثاني اذ الجنس مختلف وكذا كل مكيل او موزون او عددي متقارب بخلاف
ما اذا علم انها بيعت بعرض قيمته الف او اكثر لان الواجب فيه القيمة وهي دراهم او دنانير
وان بانت انها بيعت بدنانير قيمتها الف فلا شفعة له وكذا اذا كانت اكثر وقال زفر
له الشفعة لاختلاف الجنس ولنا ان الجنس متحد في حق الثمنية قال واذا قيل له ان المشتري
فلان فسلم الشفعة ثم علم انه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار ولو علم ان المشتري
هو مع غيره فله ان ياخذ نصيب غيره لان التسليم لم يوجد في حقه ولو بلغه شراء النصف
فسلم ثم ظهر شراء الجميع فله الشفعة لان التسليم لضرر الشركة ولا شركة وفي عكسه
لا شفعة في ظاهر الرواية لان التسليم في الكل تسليم في ابعاضه **فصل** واذا باع
دارا الا مقدار ذراع منها في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له لانقطاع
الجوار وهذه حيلة وكذا اذا وهب منه هذا المقدار وسلمه اليه لما بينا قال وان
ابتاع منها سهما بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار في السهم الاول دون الثاني
لان الشفيع جار فيهما الا ان المشتري في الثاني شريك فيتقدم عليه فان اراد الحيلة
ابتاع السهم بالثمن الا درهما مثلا والباقي بالباقي وان ابتاعها بثمن ثم دفع اليه ثوبا
عنه فالشفعة بالثمن دون الثوب لانه عقد آخر والثمن هو العوض عن الدار قال رضي الله عنه
وهذه حيلة اخرى تعم الجوار والشركة فيباع باضعاف قيمته ويعطى بها ثوب
بقدر قيمته الا انه لو استحقت المشفوعة يبقى كل الثمن على مشتري الثوب لقيام البيع
الثاني فيتضرر به والاوجه ان يباع بالدراهم الثمن دينار حتى اذا استحق المشفوع
يبطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير قال ولا تكره الحيلة في اسقاط الشفعة عند
ابي يوسف وتكره عند محمد لان الشفعة انما وجبت لدفع الضرر ولو ابحنا الحيلة ما
دفعناه ولابي يوسف انه منع عن اثبات الحق فلا يعد ضررا وعلى هذا الخلاف الحيلة

في اسقاط

في اسقاط الزكوة **مسائل متفرقة** قال واذا اشترى خمسة نفر دارا من رجل فللشفيع
ان ياخذ نصيب احدهم وان اشتراها رجل من خمسة اخذها كلها او تركها والفرق
ان في الوجه الثاني باخذ البعض تتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر
وفي الوجه الاول يقوم الشفيع مقام احدهم فلا تتفرق الصفقة ولا فرق في هذا
بين ما قبل القبض وبعده هو الصحيح الا ان قبل القبض لا يمكنه اخذ نصيب احدهم
اذا نقد ما عليه ما لم ينقد الآخر حصته كيلا يؤدي الى تفريق اليد على البائع
بمنزلة احد المشترين بخلاف ما بعد القبض لانه سقطت يد البائع وسواء سمى لكل بعض
ثمنا او كان الثمن جملة لان العبرة في هذا لتفرق الصفقة لا للثمن وههنا تفريعات
ذكرناها في كفاية المنتهى قال ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقاسمه البائع اخذ
الشفيع النصف الذي صار للمشتري او يدع لان القسمة من تمام القبض لما فيها من تكميل
الانتفاع ولهذا يتم القبض بالقسمة في الهبة والشفيع لا ينقض القبض وان كان
له نفع فيه بعود العهدة على البائع فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما اذا باع احد الشريكين
نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الذي لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه لان
العقد ما وقع مع الذي قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم العقد بل هو
تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه وهبته ثم اطلاق الجواب في الكتاب
يدل على ان الشفيع ياخذ النصف الذي صار للمشتري في اي جانب كان وهو المروي
عن ابي يوسف لان المشتري لا يملك ابطال حقه بالقسمة وعن ابي حنيفة انه انما ياخذه
اذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها لانه لا يبقى جارا فيما يقع في الجانب الآخر قال
ومن باع دارا وله عبد ماذون له عليه دين وهو شفيعها فله الشفعة وكذا اذا
كان العبد هو البائع فلمولاه الشفعة لان الاخذ بالشفعة تملك بالثمن فينزل منزلة
الشراء وهذا لانه مفيد لانه يتصرف للغرماء بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين لانه لا يبيعه
لمولاه ولا شفعة لمن بيع له قال وتسليم الاب والوصي الشفعة على الصغير جائز
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر هو على شفعته اذا بلغ قالوا وعلى
هذا الخلاف اذا بلغهما شراء دار بجوار دار الصبي فلم يطلبا وعلى هذا الخلاف
تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح لمحمد وزفر انه
حق ثابت للصغير فلا يملكان ابطاله كديته وقوده ولانه شرع لدفع الضرر
فكان ابطاله اضرارا به ولهما انه في معنى التجارة فيملكان تركه الا ترى ان

من اوجب بيعا للصبي صح رده من الاب والوصي ولانه دائر بين النفع والضرر و
قد يكون النظر في تركه لسبقي الثمن على ملكه والولاية نظرية فيملكانه وسكوتهما [illegible]
لكونه دليل الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها فان بيعت باكثر من قيمتها بما لا
يتغابن الناس فيه قيل جاز التسليم بالاجماع لانه محض نظر وقيل لا يصح بالاتفاق
لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم كالاجنبي وان بيعت باقل من قيمتها محاباة
كثيرة فعن ابي حنيفة انه لا يصح التسليم منهما ولا رواية عن ابي يوسف رحمه الله

كتاب القسمة

القسمة في الاعيان المشتركة مشروعة لان النبي عليه السلام
باشرها في المغانم والمواريث وجرى التوارث بها من غير نكير ثم هي لا تعرى عن معنى
المبادلة لان ما يجتمع لاحدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فهو ياخذه عوضا
عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وافرازا والافراز هو الظاهر في المكيلات
والموزونات لعدم التفاوت حتى كان لاحدهما ان ياخذ نصيبه حال غيبة صاحبه
ولو اشترياه فاقتسماه يبيع احدهما نصيبه مرابحة بنصف الثمن ومعنى المبادلة هو الظاهر
في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما اخذ نصيبه عند غيبة الآخر
ولو اشترياه فاقتسماه لا يبيع احدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة الا انها اذا كانت
من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز
لتقارب المقاصد والمبادلة مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين وهذا لان
احدهم بطلب القسمة يسأل القاضي ان يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير
عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي اجابته وان كانت اجناسا مختلفة لا يجبر
القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد ولو تراضوا
عليها جاز لان الحق لهم قال وينبغي للقاضي ان ينصب قاسما يرزقه من بيت المال
ليقسم بين الناس بغير اجر لان القسمة من جنس عمل القضاء من حيث انه يتم به قطع
المنازعة فاشبه رزق القاضي ولان منفعة نصب القاسم تعم العامة فتكون كفايته
في مالهم غرما بالغنم قال فان لم يفعل نصب قاسما يقسم بالاجر معناه باجر على المتقاسمين
لان النفع لهم على الخصوص ويقدر اجر مثله كيلا يتحكم بالزيادة والافضل ان
يرزقه من بيت المال لانه ارفق بالناس وابعد عن التهمة ويجب ان يكون عدلا مأمونا
عالما بالقسمة لانه من جنس عمل القضاء ولانه لا بد من القدرة وهي بالعلم ومن الاعتماد
على قوله وهو بالامانة ولا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد معناه لا يجبرهم على

ان يستأجروه لانه لا جبر على العقود ولانه لو تعين لتحكم بالزيادة على اجر مثله
ولو اصطلحوا فاقتسموا جاز الا اذا كان فيهم صغير فيحتاج الى امر القاضي لانه لا ولاية
لهم عليه . ولا يترك القسام يشتركون كيلا تصير الاجرة غالية بتواكلهم وعند عدم
الشركة يتبادر كل منهم اليه خيفة الفوت فيرخص الاجر قال واجرة القسمة على
عدد الرؤوس عند ابي حنيفة وقالا على قدر الانصباء لانه مؤنة الملك فيتقدر
بقدره كاجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة ونفقة المملوك المشترك ولابي حنيفة
ان الاجر مقابل بالتمييز وانه لا يتفاوت وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل
وقد ينعكس الامر فيتعذر اعتباره فيتعلق الحكم باصل التمييز بخلاف حفر البئر
لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت والكيل والوزن ان كان للقسمة
قيل هو على الخلاف وان لم يكن للقسمة فالاجر مقابل بعمل الكيل والوزن وانه
يتفاوت وهو العذر لو اطلق ولا يفصل وعنه انه على الطالب دون الممتنع
لنفعه ومضرة الممتنع قال واذا حضر الشركاء عند القاضي وفي ايديهم دار او
ضيعة وادعوا انهم ورثوها عن فلان لم يقسمها القاضي عند ابي حنيفة حتى يقيموا
البينة على موته وعدد ورثته وقال صاحباه يقسمها باعترافهم ويذكر في كتاب
القسمة انه قسمها بقولهم وان كان المال المشترك ما سوى العقار وادعوا انه ميراث
قسمه في قولهم جميعا ولو ادعوا في العقار انهم اشتروه قسمه بينهم لهما ان اليد
دليل الملك والاقرار امارة الصدق ولا منازع لهم فيقسمه بينهم كما في المنقول
الموروث والعقار المشترى وهذا لانه لا منكر ولا بينة الا على المنكر فلا يفيد
الا انه يذكر في كتاب القسمة انه قسمها باقرارهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم . وله ان
القسمة قضاء على الميت اذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت
الزيادة تنفذ وصاياه فيها وتقضى ديونه منها بخلاف ما بعد القسمة واذا كانت
قضاء على الميت فالاقرار ليس بحجة عليه فلا بد من البينة وهو مفيد لان بعض الورثة
ينتصب خصما عن المورث ولا يمتنع ذلك باقراره كما في الوارث او الوصي المقر
بالدين فانه تقبل البينة عليه مع اقراره بخلاف المنقول لان في القسمة نظرا
للحاجة الى الحفظ اما العقار فمحصن بنفسه ولان المنقول مضمون على من وقع
في يده ولا كذلك العقار عنده وبخلاف المشترى لان المبيع لا يبقى على ملك البائع
وان لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغير قال وان ادعوا الملك ولم يذكروا

كيف انتقل قسمة بينهم لانه ليس في القسمة قضاء على الغير فانهم ما اقروا بالملك لغيرهم قال رض هذه رواية كتاب القسمة وفي الجامع الصغير ارض ادعاها رجلان واقاما البينة انها في ايديهما وارادا القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة انها لهما لاحتمال ان يكون لغيرهما ثم قيل هو قول ابي حنيفة خاصة وقيل هو قول الكل وهو الاصح لان قسمة الحفظ في العقار غير محتاج اليه وقسمة الملك تفتقر الى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز

قال واذا حضر وارثان واقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في ايديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضي بطلب الحاضرين وينصب وكيلا يقبض نصيب الغائب وكذا لو كان مكان الغائب صبي يقسم وينصب وصيا يقبض نصيبه لان فيه نظرا للغائب والصغير ولا بد من اقامة البينة في هذه الصورة عنده ايضا خلافا لهما كما ذكرنا من قبل ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة احدهم والفرق ان ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد بالعيب ويرد عليه بالعيب فيما اشتراه المورث ويصير مغرورا بشراء المورث فانتصب احدهما خصما عن الميت فيما في يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين اما الملك الثابت بالشراء فملك مبتدأ ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بائعه فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب فوضح الفرق وان كان العقار في يد الوارث الغائب او شيء منه لم يقسم وكذا اذا كان في يد مودعه وكذا اذا كان في يد الصغير لان القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما وامين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه والقضاء من غير خصم لا يجوز ولا فرق في هذا الفصل بين اقامة البينة وعدمها هو الصحيح كما اطلق في الكتاب قال فان حضر وارث واحد لم يقسم وان اقام البينة لانه لا بد من حضور خصمين لان الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما وكذا مقاسما ومقاسما بخلاف ما اذا كان الحاضر اثنين على ما بينا ولو كان الحاضر كبيرا وصغيرا نصب القاضي عن الصغير وصيا وقسم اذا اقيمت البينة وكذا اذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها وطلبا القسمة واقاما البينة على الميراث والوصية لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والموصى له عن نفسه وكذا الوصي عن الصبي كانه حضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه

فصل فيما يقسم وما لا يقسم

قال واذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب احدهم لان القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب احدهم على ما بيناه من قبل وان كان ينتفع احدهم والآخر يستضر به لقلة نصيبه فان طلب صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم لان الاول ينتفع به فاعتبر طلبه والثاني متعنت في طلبه فلم يعتبر وذكر الجصاص على قلب هذا لان صاحب الكثير يريد الاضرار بغيره والآخر يرضى بضرر نفسه وذكر الحاكم الشهيد في مختصره ان ايهما طلب القسمة يقسم القاضي والوجه اندرج فيما ذكرناه والاصح المذكور في الكتاب وهو الاول وان كان كل واحد يستضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها ويجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما اعرف بشانهما اما القاضي فيعتمد الظاهر قال ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد لان عند اتحاد الجنس يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة ولا يقسم الجنسين بعضهما في بعض لانه لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي دون جبر القاضي ويقسم القاضي كل موزون ومكيل كثير او قليل والمعدود المتقارب وتبر الذهب والفضة وتبر الحديد والنحاس والابل بانفرادها او البقر او الغنم ولا يقسم شاة وبعيرا وبرذونا وحمارا ولا يقسم الاواني لانها باختلاف الصنعة التحقت بالاجناس المختلفة ويقسم الثياب الهروية لاتحاد الصنف ولا يقسم ثوبا واحدا لاشتمال القسمة على الضرر اذ هي لا تتحقق الا بالقطع ولا ثوبين اذا اختلفت قيمتهما لما بينا بخلاف ثلاثة اثواب اذا جعل ثوب بثوبين او ثوب وربع ثوب بثوب وثلاثة ارباع ثوب لانه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز وقال ابو حنيفة لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما وقالا يقسم الرقيق لاتحاد الجنس كما في الابل والغنم ورقيق المغنم وله ان التفاوت في الآدمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة فصار كالجنس المختلف بخلاف الحيوانات لان التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس الا ترى ان الذكر والانثى من بني آدم جنسان ومن الحيوانات جنس واحد بخلاف المغانم لان حق الغانمين في المالية حتى كان للامام بيعها وقسمة ثمنها وهنا يتعلق بالعين والمالية فافترقا واما الجواهر فقد قيل اذا اختلف الجنس لا يقسم كاللآلي واليواقيت وقيل لا يقسم الكبار منها لكثرة التفاوت ويقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل يجري الجواب على اطلاقه لان جهالة الجواهر افحش من جهالة الرقيق الا يرى انه لو تزوج على لؤلؤة او ياقوتة او خالع عليها لا تصح التسمية وتصح على عبد فاولى ان لا يجبر على القسمة قال ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى الا ان يتراضى الشركاء وكذا الحائط بين الدارين لانه يشتمل على الضرر في الطرفين اذ لا يبقى

والقراح يسمى الارض لا ماء بها
ولا شجر ولا بناء اوصاد المخلصه
للزرع والغرس كالقراح
والقراح كذا في المغرب

كل نصيب منتفعا انتفاعا مقصودا فلا يقسم القاضي بخلاف التراضي لما بينا. قال
واذا كانت دور مشتركة في مصر واحد قسم كل دار على حدتها في قول ابي حنيفة وقالا
ان كان الاصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها وعلى هذا الخلاف الاقرحة المتفرقة
المشتركة. لهما انها جنس واحد اسما وصورة نظرا الى اصل السكنى واجناس معنى نظرا
الى اختلاف المقاصد ووجوه السكنى فيفوض الترجيح الى القاضي وله ان الاعتبار
للمعنى وهو المقصود ويختلف ذلك باختلاف البلدان والمحال والجيران والقرب
الى المسجد والماء اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل في القسمة ولهذا لا يجوز
التوكيل بشراء دار وكذا لو تزوج على دار لا يصح التسمية كما هو الحكم فيهما في الثوب
بخلاف الدار الواحدة اذا اختلفت بيوتها لان في قسمة كل بيت على حدة ضررا
فقسمت الدار قسمة واحدة. قال رضي الله عنه تقييد الوضع في الكتاب اشارة الى ان الدارين
اذا كانتا في مصرين لا يجتمعان في القسمة عندهما وهو رواية هلال عنهما وعن محمد
انه يقسم احداهما في الاخرى والبيوت في محلة او محال تقسم قسمة واحدة لان
التفاوت فيما بينها يسير والمنازل المتلازقة كالبيوت والمتباينة كالدور
لانه بين الدار والبيت على ما مر من قبل فاخذ شبها من كل واحد. قال وان كان
دارا وضيعة او دارا وحانوتا قسم كل واحد منهما على حدة لاختلاف الجنس
قال رضي الله عنه جعل الدار والحانوت جنسين وكذا ذكر الخصاف وقال في اجارات
الاصل ان اجارة منافع الدار بالحانوت لا يجوز وهذا يدل على انهما جنس واحد
فيجعل في المسألة روايتان او تبنى حرمة الربوا هنالك على شبهة المجانسة.

فصل في كيفية القسمة

قال وينبغي للقاسم ان يصور ما يقسمه ليمكنه حفظه
ويعدله يعني يسويه على سهام القسمة ويروى يعزله اي يقطعه بالقسمة عن غيره
ويذرعه ليعرف قدره ويقوم البناء لحاجته اليه في الاخرة ويفرز كل نصيب
عن الباقي بطريقه وشربه حتى لا يكون لنصيب بعضهم بنصيب البعض تعلق فينقطع
المنازعة ويتحقق معنى القسمة على التمام ثم يلقب نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني
والثالث على هذا ثم يخرج القرعة فمن خرج اسمه اولا فله السهم الاول ومن خرج
ثانيا فله السهم الثاني والاصل ان ينظر في ذلك الى اقل الانصباء حتى اذا
كان الاقل ثلثا جعلها اثلاثا وان كان سدسا جعلها اسداسا ليمكن القسمة
وقد شرحناه مشبعا في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى وقوله في الكتاب ويفرز كل

نصيب

نصيب بطريقه وشربه بيان الافضل فان لم يفعل او لم يمكن جاز على ما ذكره
بتفصيله ان شاء الله تعالى والقرعة لتطييب القلوب وازاحة تهمة الميل حتى لو عين لكل
واحد منهم نصيبا من غير اقراع جاز لانه في معنى القضاء فيملك الالزام. قال
ولا يدخل في القسمة الدراهم والدنانير الا بتراضيهم لانه لا شركة في الدراهم
والقسمة من حقوق الاشتراك ولانه يفوت به التعديل في القسمة لان احدهما يصل
الى عين العقار ودراهم الاخر في ذمته ولعلها لا تسلم له واذا كان ارض وبناء
فعن ابي يوسف انه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة لانه لا يمكن اعتبار المعادلة
الا بالتقويم وعن ابي حنيفة انه يقسم الارض بالمساحة لانه هو الاصل في الممسوحات
ثم يرد من وقع البناء في نصيبه او من كان نصيبه اجود دراهم على الاخر حتى
يساويه فيدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالاخ لا ولاية له في المال ثم يملك
تسمية الصداق ضرورة التزويج وعن محمد انه يرد على شريكه بمقابلة البناء
ما يساويه من العرصة واذا بقي فضل ولا يمكن تحقيق التسوية بان لا تفي العرصة
بقيمة البناء فحينئذ يرد للفضل دراهم لان الضرورة تحققت في هذا القدر
فلا يترك الاصل الا بها وهذا يوافق رواية الاصل. قال فان قسم بينهم و
لاحدهم مسيل في نصيب الاخر او طريق لم يشترط في القسمة فان امكن صرف
الطريق والمسيل عنه ليس له ان يستطرق ويسيل في نصيب الاخر لانه امكن
تحقيق معنى القسمة من غير ضرر وان لم يمكن فسخت القسمة لان القسمة مختلة
لبقاء الاختلاط بخلاف البيع حيث لا يفسد في هذه الصورة لان المقصود منه
تملك العين وانه يجامع تعذر الانتفاع في الحال اما القسمة لتكميل المنفعة ولا يتم
ذلك الا بالطريق. ولو ذكر الحقوق في الوجه الاول كذلك الجواب لان معنى
القسمة الافراز والتمييز وتمام ذلك بان لا يبقى لكل واحد تعلق بنصيب الاخر
وقد امكن تحقيقه بصرف الطريق والمسيل الى غيره من غير ضرر فيصار اليه بخلاف
البيع اذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق والمسيل لانه
امكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره وفي الوجه
الثاني يدخل فيها لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل
عند التنصيص باعتباره وفيها معنى الافراز وهو بانقطاع التعلق على ما ذكرنا
فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص

فتستأنف م

ذلك م

لان كل المقصود الانتفاع وذلك لا يحصل الا بادخال الشرب والطريق فيدخل
من غير ذكر ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم في القسمة ان كان يستقيم لكل
واحد طريق يفتحه في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم لتحقق الافراز
بالكلية دونه وان كان لا يستقيم ذلك رفع طريقا بين جماعتهم لتتحقق تكميل
المنفعة فيما وراء الطريق ولو اختلفوا في مقداره جعل على عرض باب الدار
وطوله لان الحاجة تندفع به والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة لان
القسمة فيما وراء الطريق لا فيه ولو شرطوا ان يكون الطريق بينهم اثلاثا جاز
وان كان اصل الدار نصفين لان القسمة على التفاضل جائزة بالتراضي

قال واذا كان سفل لا علو عليه وعلو لا سفل له وسفل له علو قوم كل واحد
على حدته وقسم بالقيمة ولا معتبر بغير ذلك وهذا عند محمد وقالا يقسم بالذرع
لمحمد ان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذه بئر ماء او سردابا او اصطبلا
او غير ذلك فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة وهما يقولان ان القسمة بالذرع هي
الاصل لان الشركة في المذروع لا في القيمة فيصار اليه ما امكن والمراعى التسوية
في السكنى لا في المرافق ثم اختلفا فيما بينهما في كيفية القسمة بالذرع قال ابو حنيفة
ذراع من سفل بذراعين من علو وقال ابو يوسف ذراع بذراع قيل اجاب
كل واحد منهم على عادة اهل عصره او اهل بلده في تفضيل السفل على العلو واستوائهما
وتفضيل السفل مرة والعلو اخرى وقيل هو اختلاف معنى ووجه قول ابي حنيفة
ان منفعة السفل تربى على منفعة العلو بضعفه لانها تبقى بعد فوات العلو و
منفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفل وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي
العلو السكنى لا غير اذ لا يمكنه البناء على علوه الا برضاء صاحب السفل فيعتبر
ذراعان منه بذراع من السفل ولابي يوسف ان المقصود اصل السكنى وهما يتساويان
فيه والمنفعتان متماثلتان لان لكل واحد منهما ان يفعل ما لا يضر بالآخر
على اصله ولمحمد ان المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة اليهما فلا يمكن
التعديل الا بالقيمة والفتوى اليوم على قول محمد وقوله لا يفتقر الى التفسير وتفسير
قول ابي حنيفة في مسئلة الكتاب ان يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد
ثلثة وثلثون وثلث ذراع من البيت الكامل لان العلو مثل نصف السفل فثلثة
وثلثون وثلث من السفل ستة وستون وثلثان من العلو ومعه ثلثة وثلثون وثلث

ذراع من العلو فبلغت مائة ذراع فتساوى مائة من العلو المجرد ويجعل بمقابلة
مائة ذراع من السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلثا ذراع لان علوه
مثل نصف سفله فستة وستون وثلثا ذراع من العلو ثلثة وثلثون وثلث ذراع
من السفل ومعه ستة وستون وثلثا ذراع من السفل فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا
وتفسير قول ابي يوسف ان يجعل بازاء خمسين ذراعا من البيت الكامل مائة ذراع
من السفل المجرد او مائة ذراع من العلو المجرد لان العلو والسفل عنده سواء
فخمسون ذراعا من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون منها سفل وخمسون منها علو

قال واذا اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما قال رضي الله عنه وهذا الذي
ذكره قولهما وقال محمد لا تقبل وهو قول ابي يوسف اولا وبه قال الشافعي
وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما وقاسم القاضي وغيره سواء لمحمد انهما
شهدا على فعل انفسهما فلا تقبل كمن علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير
على فعله ولهما انهما شهدا على فعل غيرهما وهو الاستيفاء والقبض لا على فعل
انفسهما لان فعلهما التمييز ولا حاجة الى الشهادة عليه او لانه لا يصلح مشهودا به لما انه
غير لازم وانما يلزمه بالقبض والاستيفاء وهو فعل الغير فتقبل الشهادة عليه
وقال الطحاوي اذا اقتسما باجر لا تقبل الشهادة بالاجماع واليه مال بعض المشايخ
لانهما يدعيان ايفاء عمل استوجرا عليه فكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا
تقبل الا انا نقول هما لا يجران الى انفسهما بهذه الشهادة مغنما لاتفاق الخصوم
على ايفائهما العمل المستاجر عليه وهو التمييز وانما الاختلاف في الاستيفاء فانتفت
التهمة ولو شهد قاسم واحد لا تقبل لان شهادة الفرد غير مقبولة على الغير
ولو امر القاضي امينه بدفع المال الى آخر يقبل قول الامين في دفع الضمان
عن نفسه ولا يقبل في الزام الآخر اذا كان منكرا

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

قال واذا ادعى احدهم الغلط وزعم ان مما اصابه شيئا
في يد صاحبه وقد اشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك الا ببينة
لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق الا بحجة فان لم تقم له بينة استحلف
الشركاء فمن نكل منهم جمع بين نصيب الناكل والمدعي فيقسم بينهما على قدر انصبائهما
لان النكول حجة في حقه خاصة فيعاملان على زعمهما قال رضي الله عنه ينبغي ان لا تقبل
دعواه اصلا لتناقضه واليه اشار من بعد وان قال قد استوفيت حقي واخذت

قول ابي حنيفة وابي يوسف

تمام شرح

قال رضي الله عنه

اليوم

بنقضه فالقول قول خصمه مع يمينه لانه يدعي عليه الغصب وهو منكر وان قال اصابني
الى موضع كذا فلم يسلمه الي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا
وفسخ القسمة لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف
في مقدار المبيع على ما ذكرنا من احكام التحالف فيما تقدم ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت
اليه لانه دعوى الغبن ولا معتبر به في البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي الا
اذا كانت القسمة بقضاء القاضي والغبن فاحش لان تصرفه مقيد بالعدل ولو
اقتسما دارا واصاب كل واحد طائفة فادعى احدهما بيتا في يد الآخر انه مما اصابه
بالقسمة وانكر الآخر فعليه اقامة البينة لما قلنا وان اقاما البينة تؤخذ ببينة المدعي
لانه خارج وبينة الخارج تترجح على بينة ذي اليد وان كان قبل الاشهاد
على القبض تحالفا وترادا وكذا اذا اختلفا في الحدود واقاما البينة تقضى لكل
واحد بالجزء الذي هو في يد صاحبه لما بينا وان قامت لاحدهما بينة قضي له وان لم
يقم لواحد منهما تحالفا كما في البيع **فصل** واذا استحق بعض نصيب احدهما بعينه لم
تفسخ القسمة عند ابي حنيفة ورجع بحصة ذلك في حصة صاحبه وقال ابو يوسف تفسخ القسمة
قال رضي الله عنه ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الاسرار والصحيح
ان الاختلاف في استحقاق بعض شائع من نصيب احدهما فاما في استحقاق بعض معين
لا تفسخ القسمة بالاجماع ولو استحق بعض شائع في الكل تفسخ بالاتفاق فهذه ثلثة
اوجه ولم يذكر قول محمد وذكره ابو سليمان مع ابي يوسف وابو حفص مع ابي حنيفة
وهو الاصح لابي يوسف ان باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون
رضاه باطلة كما اذا استحق بعض شائع في النصيبين وهذا لان باستحقاق جزء
شائع ينعدم معنى القسمة وهو الافراز لانه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر
شائعا بخلاف المعين ولهما ان معنى الافراز لا ينعدم باستحقاق جزء شائع في
نصيب احدهما ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه في الابتداء بان كان النصف
المقدم مشتركا بينهما وبين ثالث والنصف المؤخر بينهما لا شركة لغيرهما فيه فاقتسما
على ان لاحدهما ما لهما من المقدم وربع المؤخر يجوز فكذا في الانتهاء وصار
كاستحقاق شيء معين بخلاف الشائع في النصيبين لانه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث
بتفرق نصيبه في النصيبين اما ههنا لا ضرر بالمستحق فافترقا وصورة المسألة
اذا اخذ احدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء

ثم استحق نصف المقدم فعندهما ان شاء نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص
وان شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده من المؤخر لانه لو استحق كل المقدم رجع
بنصف ما في يده فاذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع اعتبارا
للجزء بالكل ولو باع صاحب المقدم نصفه ثم استحق النصف الباقي رجع بربع
ما في يد الآخر عندهما لما ذكرنا وسقط خياره ببيع البعض وعند ابي يوسف ما في يد
صاحبه بينهما نصفان ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه لان القسمة تنقلب فاسدة
عنده والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فنفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة فيضمن نصف
نصيب صاحبه قال ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ردت القسمة
لانه يمنع وقوع الملك للوارث وكذا اذا كان غير محيط لتعلق حق الغرماء بالتركة
الا اذا بقي من التركة ما بقي بالدين وراء ما قسم لانه لا حاجة الى نقض القسمة
في ايفاء حقهم ولو ابراه الغرماء بعد القسمة او اداه الورثة من مالهم والدين محيط
او غير محيط جازت القسمة لان المانع قد زال ولو ادعى احد المتقاسمين دينا
في التركة صح دعواه لانه لا تناقض اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف
الصورة ولو ادعى عينا باي سبب كان لم يسمع للتناقض اذ الاقدام على القسمة اعتراف
منه بكون المقسوم مشتركا **فصل في المهاياة** المهاياة جائزة استحسانا
للحاجة اليه اذ يتعذر الاجتماع على الانتفاع فاشبه القسمة ولهذا يجري فيه جبر
القاضي كما يجري في القسمة الا ان القسمة اقوى منه في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع
في زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا لو طلب احد الشريكين القسمة
والآخر المهاياة يقسم القاضي لانه ابلغ في التكميل ولو وقعت فيما يحتمل القسمة
ثم طلب احدهما القسمة يقسم وتبطل المهاياة لانه ابلغ ولا يبطل التهايؤ بموت
احدهما ولا بموتهما لانه لو انتقض لاستأنفه الحاكم ولا فائدة في النقض ثم
الاستيناف ولو تهايئا في دار واحدة على ان يسكن هذا طائفة وهذا طائفة او
علوها وهذا سفلها جاز لان القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا المهاياة والتهايؤ
في هذا الوجه افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التاقيت ولكل
واحد ان يستغل ما اصابه بالمهاياة شرط ذلك في العقد او لم يشرط لحدوث
المنافع على ملكه ولو تهايئا في عبد واحد على ان يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز
وكذا هذا في البيت الصغير لان المهاياة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث

المكان والاول متعين ههنا ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان والمكان في محل
يحتملهما يأمرهما القاضي بان يتفقا لان التهايؤ في المكان اعدل وفي الزمان اكمل
فلما اختلفت الجهة لا بد من الاتفاق فان اختاراه من حيث الزمان تقرع في البداية
نفيا للتهمة ولو تهايئا في عبدين على ان يخدم هذا هذا العبد والاخر الاخر جاز
عندهما لان القسمة على هذا الوجه جائزة جبرا من القاضي وبالتراضي فكذا المهاياة
وقيل عند ابي حنيفة لا يقسم القاضي وهكذا روي عنه لانه لا يجري فيه الجبر عنده
والاصح انه تقسم القاضي عنده ايضا لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت بخلاف
اعيان الرقيق لانها تتفاوت تفاوتا فاحشا على ما تقدم ولو تهايئا فيهما على ان
نفقة كل عبد على من ياخذه جاز استحسانا للمسامحة في اطعام المماليك بخلاف شرط
الكسوة لانه لا يتسامح فيها ولو تهايئا في دارين على ان يسكن كل واحد منهما دارا جاز
ويجبر القاضي عليه عندهما ظاهر لان الدارين عندهما كدار واحدة وقد قيل لا يجبر
عنده اعتبارا بالقسمة وعن ابي حنيفة انه لا يجوز التهايؤ فيه اصلا بالجبر لما قلنا
وبالتراضي لانه بيع السكنى بالسكنى بخلاف قسمة رقبتهما لان بيع بعض احدهما
ببعض الاخر جائز وجه الظاهر ان التفاوت يقل في المنافع فيجوز بالتراضي
ويجري فيه جبر القاضي ويعتبر افرازا اما يكثر التفاوت في اعيانهما فاعتبر
مبادلة وفي الدابتين لا تجوز المهاياة على الركوب عند ابي حنيفة وعندهما تجوز
اعتبارا بقسمة الاعيان وله ان الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فانهم بين
حاذق واخرق • والتهايؤ في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا
بخلاف العبد لانه يخدم باختياره فلا يتحمل زيادة على طاقته والدابة تحملها
واما التهايؤ في الاستغلال يجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية وفي العبد الواحد
والدابة الواحدة لا يجوز ووجه الفرق ان النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء
والاعتدال ثابت في الحال والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوان
لتوالي اسباب التغير عليه فيفوت المعادلة ولو زادت الغلة في نوبة احدهما
عليها في نوبة الاخر يشتركان في الزيادة ليتحقق التعديل بخلاف ما اذا كان
التهايؤ على المنافع فاستغل احدهما في نوبته زيادة لان التعديل فيما وقع
عليه التهايؤ حاصل وهو المنافع فلا تضره زيادة الاستغلال من بعد والتهايؤ
على الاستغلال في الدارين جائز ايضا في ظاهر الرواية لما بينا ولو فضل غلة

احدهما

احدهما لا يشتركان فيه بخلاف الدار الواحدة والفرق ان في الدارين معنى التمييز
والافراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول
فاعتبر قرضا وجعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا يرد عليه صاحبه
حصته من الفضل وكذا يجوز في العبدين عندهما اعتبارا بالتهايؤ في المنافع
ولا يجوز عنده لان التفاوت في اعيان الرقيق اكثر منه من حيث الزمان في العبد
الواحد فاولى ان يمتنع الجواز • والتهايؤ في الخدمة جوز ضرورة ولا ضرورة
في الغلة لامكان قسمتها لكونها عينا ولان الظاهر هو التسامح في الخدمة والاستقصاء
في الاستغلال فلا يتقاسمان ولا يجوز في الدابتين عنده خلافا لهما والوجه
ما بيناه في الركوب • ولو كان نخل او شجر او غنم بين اثنين فتهايئا على ان ياخذ
كل واحد منهما طائفة يستثمرها او يرعاها ويشرب البانها لا يجوز لان المهاياة
في المنافع ضرورة انها لا تبقى فيتعذر قسمتها وهذه اعيان باقية ترد عليها
القسمة عند حصولها والحيلة ان يبيع حصته من الاخر ثم يشتري كلها بعد مضي
نوبته او ينتفع باللبن بمقدار معلوم استقراضا لنصيب صاحبه اذ قرض المشاع جائز

كتاب المزارعة

• قال ابو حنيفة المزارعة بالثلث والربع باطلة
اعلم ان المزارعة لغة مفاعلة من الزرع وفي الشريعة هي عقد على الزرع ببعض
الخارج وهي فاسدة عند ابي حنيفة وقالا جائزة لما روي ان النبي صلى الله تعالى عليه
وسلم عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر او زرع ولانه عقد شركة بين المال
والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع دفع الحاجة فان ذا المال قد لا يهتدي
الى العمل والقوي عليه لا يجد المال فمست الحاجة الى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف
دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الزوائد لانه لا اثر هناك للعمل
في تحصيلها فلم يتحقق شركة وله ما روي انه عليه الصلاة والسلام نهى عن المخابرة وهي
المزارعة ولانه استيجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز الطحان ولان
الاجر مجهول او معدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي عليه السلام اهل خيبر كان
خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز واذا فسدت عنده فان سقى الارض
وكربها ولم يخرج شيء فله اجر مثله لانه في معنى اجارة فاسدة وهذا اذا كان البذر
من قبل صاحب الارض وان كان البذر من قبله فعليه اجر مثل الارض والخارج
في الوجهين لصاحب البذر لانه نماء ملكه وللاخر الاجر كما فصلنا الا ان الفتوى

[illegible]

على قولهما لحاجة الناس اليها ولظهور تعامل الامة بها والقياس يترك بالتعامل كما في
الاستصناع ثم المزارعة لصحتها على قول من يجيزها شروط احدها كون الارض
صالحة للزراعة لان المقصود لا يحصل بدونه والثاني ان يكون رب الارض و
المزارع من اهل العقد وهو لا يختص به لان عقدا ما لا يصح الا من الاهل والثالث
بيان المدة لانه عقد على منافع الارض او منافع العامل والمدة هي المعيار لها ليعلم
بها والرابع بيان من عليه البذر قطعا للمنازعة واعلاما للمعقود عليه وهو منافع
الارض او منافع العامل والخامس بيان نصيب من لا بذر من قبله لانه يستحقه عوضا
بالشرط وما لا يعلم لا يستحق شرطا للعقد والسادس ان يخلي رب الارض بينها وبين
العامل حتى لو شرط عمل رب الارض يفسد العقد لفوات التخلية والسابع الشركة في
الخارج بعد حصوله لانه ينعقد شركة في الانتهاء فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا
للعقد والثامن بيان جنس البذر ليصير الاجر معلوما قال وهي عندهما على اربعة اوجه
ان كانت الارض والبذر لواحد والبقر والعمل لواحد جازت المزارعة لان البقر
آلة العمل فصار كما اذا استأجر خياطا ليخيط بابرة الخياط وان كانت الارض
لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت لانه استئجار للارض ببعض معلوم
من الخارج فيجوز كما اذا استأجرها بدراهم معلومة وان كانت الارض والبقر
والبذر لواحد والعمل من آخر جازت لانه استأجره للعمل بآلة المستأجر فصار
كما اذا استأجر خياطا ليخيط ثوبه بابرته او طيانا ليطين بمره وان كانت
الارض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر فهي باطلة وهذا الذي ذكره ظاهر
الرواية وعن ابي يوسف انه يجوز ايضا لانه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا
اذا شرط وحده وصار كجانب العامل ووجه الظاهر ان منفعة البقر ليست من جنس منفعة
الارض لان منفعة الارض قوة في طبعها يحصل بها النماء ومنفعة البقر صلاحية
يقام بها العمل كل ذلك بخلق الله تعالى فلم يتجانسا فتعذر ان تجعل تابعة لها
بخلاف جانب العامل لانه تجانست المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة العامل وههنا
وجهان آخران لم يذكرهما احدهما ان يكون البذر لاحدهما والارض والبقر
والعمل لآخر فانه لا يجوز لانه يتم شركة بين البذر والعمل ولم يرد به الشرع والثاني
ان يجمع بين البذر والبقر وانه لا يجوز ايضا لانه لا يجوز عند الانفراد فكذا
عند الاجتماع والخارج في الوجهين لصاحب البذر في رواية اعتبارا بسائر المزارعات

الفاسدة

الفاسدة وفي رواية لصاحب الارض ويصير مستقرضا للبذر قابضا له باتصاله
بارضه قال ولا تصح المزارعة الا على مدة معلومة لما بينا وان يكون الخارج شائعا (على م)
بينهما تحقيقا لمعنى الشركة فان شرطا لاحدهما قفزانا مسماة فهي باطلة لان به
ينقطع الشركة لان الارض عساها لا تخرج الا هذا القدر وصار كاشتراط
دراهم معدودة لاحدهما في المضاربة وكذا اذا شرطا ان يرفع صاحب البذر
بذره ويكون الباقي بينهما نصفين لانه يؤدي الى قطع الشركة في بعض معين
او في جميعه بان لم يخرج الا قدر البذر فصار كما اذا شرطا رفع الخراج والارض
خراجية وان يكون الباقي بينهما بخلاف ما اذا شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه
او للآخر والباقي بينهما لانه معين مشاع فلا يؤدي الى قطع الشركة كما اذا شرطا (لانه معين)
رفع العشر وقسمة الباقي بينهما والارض عشرية قال وكذا اذا شرطا ما على
الماذيانات والسواقي معناه لاحدهما لانه اذا شرط لاحدهما زرع موضع
معين افضى ذلك الى قطع الشركة لانه لعله لا يخرج الا من ذلك الموضع وعلى هذا
اذا شرط لاحدهما ما يخرج من ناحية معينة ولآخر ما يخرج من ناحية اخرى وكذا
اذا شرط لاحدهما التبن وللآخر الحب لانه عسى ان يصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا
يخرج الا التبن وكذا اذا شرطا التبن نصفين والحب لاحدهما بعينه لانه يؤدي
الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب ولو شرطا الحب نصفين ولم يتعرضا
للتبن صحت لاشتراطهما الشركة فيما هو المقصود ثم التبن يكون لصاحب البذر
لانه نماء بذره وفي حقه لا يحتاج الى الشرط والمفسد هو الشرط وهذا سكوت عنه
وقال مشايخ بلخ التبن بينهما نصفين ايضا اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان (قران)
ولانه تبع للحب والتبع يقوم بشرط الاصل ولو شرطا الحب نصفين والتبن لصاحب
البذر صحت لانه حكم العقد وان شرطا التبن للآخر فسدت لانه شرط يؤدي
الى قطع الشركة بان لا يخرج الا التبن واستحقاق غير صاحب البذر بالشرط
قال واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط لصحة الالتزام وان لم تخرج الارض شيئا
فلا شيء للعامل لانه يستحقه شركة ولا شركة في غير الخارج وان كانت اجارة فالاجر
مسمى فلا يستحق غيره بخلاف ما اذا فسدت لان اجر المثل في الذمة ولا يفوت الذمة
بعدم الخارج قال واذا فسدت فالخارج لصاحب البذر لانه نماء ملكه واستحقاق
الاجر بالتسمية وقد فسدت فبقي النماء كله لصاحب البذر قال ولو كان البذر

لرب الارض فللعامل اجر مثله لا يزاد على مقدار ما شرط له لانه رضي بسقوط الزيادة من رب :
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد له اجر مثله بالغا ما بلغ لانه استوفى منافعه
بعقد فاسد فيجب عليه قيمتها اذ لا مثل لها وقد مر في الاجارات وان كان البذر من قبل
العامل فلصاحب الارض اجر مثل ارضه لانه استوفى منافع الارض بعقد فاسد
فيجب ردها وقد تعذر ولا مثل لها فيجب رد قيمتها وهل يزاد على ما شرط له من الخارج
فهو على الخلاف الذي ذكرناه ولو جمع بين الارض والبقر حتى فسدت المزارعة فعلى العامل
اجر مثل الارض والبقر هو الصحيح لان له مدخلا في الاجارة وهي اجارة معنى واذا استحق
رب الارض الخارج لبذره في المزارعة الفاسدة طاب له جميعه لان النماء حصل في ارض
مملوكة له وان استحقه العامل اخذ قدر بذره وقدر اجر الارض وتصدق بالفضل لان
النماء يحصل من البذر ويخرج من الارض وفساد الملك في منافع الارض اوجب خبثا
فيه فما سلم له بعوض طاب له وما لا عوض له تصدق به • قال واذا عقدت المزارعة
فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه لانه لا يمكنه المضي في العقد الا بضرر يلزمه فصار
كما اذا استاجر اجيرا ليهدم داره وان امتنع الذي ليس من قبله البذر اجبره الحاكم على العمل
لانه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر والعقد لازم بمنزلة الاجارة الا اذا كان عذر
يفسخ به الاجارة فيفسخ به المزارعة • قال ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد
كرب المزارع الارض فلا شيء له في عمل الكراب قيل هذا في الحكم اما فيما بينه
وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل لانه غره في ذلك • قال واذا مات احد المتعاقدين
بطلت المزارعة اعتبارا بالاجارة وقد مر الوجه في الاجارات فلو كان دفعها
ثلث سنين فلما نبت الزرع في السنة الاولى ولم يستحصد مات رب الارض ترك الارض
في يد المزارع حتى يستحصد الزرع ويقسم على الشرط وينتقض المزارعة فيما بقي من السنين
لان في ابقاء العقد في السنة الاولى مراعاة الحقين بخلاف السنة الثانية والثالثة
لانه ليس فيه ضرر بالعامل فيحافظ فيهما على القياس ولو مات رب الارض قبل
الزراعة بعد ما كرب الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة لانه ليس فيه ابطال
مال على المزارع ولا شيء للعامل بمقابلة ما عمل لما نبينه ان شاء الله تعالى واذا فسخت المزارعة
بدين فادح لحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها جاز كما في الاجارة وليس للعامل
ان يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشيء لان المنافع انما تتقوم بالعقد وهو انما
تقوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شيء ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تبع قوت :

الارض

الارض في الدين حتى يستحصد الزرع لان في البيع ابطال حق المزارع والتاخير اهون
من الابطال ويخرجه القاضي من الحبس ان كان حبسه في الدين لانه لما امتنع بيع الارض
لم يكن هو ظالما والحبس جزاء الظلم • قال واذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم
يدرك كان على المزارع اجر مثل نصيبه من الارض الى ان يستحصد والنفقة على
الزرع عليهما على مقدار حقوقهما معناه حتى يستحصد لان في تبقية العقد الزرع م
باجر المثل تعديل النظر من الجانبين فيصار اليه وانما كان العمل عليهما لان العقد
قد انتهى بانتهاء المدة وهذا عمل في المال المشترك وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض هنا م
والزرع بقل حيث يكون العمل فيه على العامل لان هناك ابقينا العقد في مدته والعقد العقد م
يستدعي العمل على العامل اما ههنا قد انتهى فلم يكن هذا ابقاء ذلك العقد فلم يختص العامل
بوجوب العمل فان انفق احدهما بغير اذن صاحبه وامر القاضي فهو متطوع لانه لا
ولاية له عليه ولو اراد رب الارض ان ياخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك لما فيه
من الاضرار بالمزارع ولو اراد المزارع ان ياخذه بقلا قيل لصاحب الارض اقلع
الزرع فيكون بينكما او اعطه قيمة نصيبه او انفق انت على الزرع وارجع بما تنفقه
على حصته لان المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لان ابقاء العقد بعد وجود
المنهي نظر له وقد ترك النظر لنفسه ورب الارض مخير بين هذه الخيارات لان بكل
ذلك يستدفع الضرر ولو مات المزارع بعد نبات الزرع فقال ورثته نحن نعمل الى
ان يستحصد الزرع وابى رب الارض فلهم ذلك لانه لا ضرر على رب الارض ولا
اجر لهم بما عملوا لانا ابقينا العقد نظرا لهم فان ارادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل
لما بينا والمالك على الخيارات الثلث على ما بينا • وكذلك اجرة الحصاد والرفاع والدياس
والتذرية عليهما بالحصص فان شرطاه في المزارعة على العامل فسدت وهذا الحكم
ليس بمختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع
المزارعات ووجه ذلك ان العقد يتناهى بتناهي الزرع لحصول المقصود فيبقى مال
مشترك بينهما ولا عقد فيجب مؤنته عليهما واذا شرط في العقد ذلك ولا يقتضيه
وفيه منفعة لاحدهما يفسد العقد كشرط الحمل والطحن على العامل • وعن ابي يوسف انه يجوز
اذا شرط ذلك على العامل للتعامل اعتبارا بالاستصناع وهو اختيار مشايخ بلخ
قال شمس الائمة السرخسي هذا هو الاصح في ديارنا فالحاصل ان ما كان من عمل قبل الادراك
كالسقي والحفظ فهو على العامل وما كان منه بعد الادراك قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر

زراعة كالحصاد والدياس واشباههما على ما بيناه وما كان بعد القسمة فهو عليهما والمعاملة
قياس هذا ما كان قبل ادراك الثمر من السقي والتلقيح والحفظ فهو على العامل وما كان بعد
الادراك كالجداد والحفظ فهو عليهما ولو شرط الجداد على العامل لا يجوز بالاتفاق
لانه لا عرف فيه وما كان بعد القسمة فهو عليهما لانه مال مشترك ولا عقد ولو شرط الحصاد
في الزرع على رب الارض لا يجوز بالاجماع لعدم العرف فيه ولو اراد فصل القصيل
او جد التمر بسرا او التقاط الرطب فذلك عليهما لانهما انهيا العقد لما عزما على الفصل و
الجداد بسرا فصار كما بعد الادراك

كتاب المساقاة

قال ابو حنيفة رحمه الله
المساقاة بجزء من الثمر باطلة وقالا جائزة اذا ذكر مدة معلومة وسمى جزءا من الثمر
مشاعا والمساقاة هي المعاملة والكلام فيه كالكلام في المزارعة وقال الشافعي المعاملة
جائزة ولا يجوز المزارعة الا تبعا للمعاملة لان الاصل في هذا المضاربة والمساقاة
اشبه بها لان فيه شركة في الزيادة دون الاصل وفي المزارعة لو شرط الشركة
في الربح دون البذر بان شرط رفعه من راس الخارج تفسد فجعلنا المعاملة اصلا
وجوزنا المزارعة تبعا لها كالشرب في بيع الارض والمنقول في وقف العقار وشرط
المدة قياس فيها لانها اجارة معنى كما في المزارعة وفي الاستحسان اذا لم يبين المدة يجوز
ويقع على اول ثمر يخرج لان الثمر لادراكها وقت معلوم وقلما يتفاوت ويدخل
فيه ما هو المتيقن وادراك البذر في اصول الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمار لان
له نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف كثيرا
خريفا وصيفا وربيعا والانتهاء بناء عليه فتدخله الجهالة وبخلاف ما اذا دفع
اليه غرسا قد علق ولم يبلغ الثمر معاملة حيث لا يجوز الا ببيان المدة لانه يتفاوت
بقوة الاراضي وضعفها تفاوتا فاحشا وبخلاف ما اذا دفع نخيلا او اصول رطبة
على ان يقوم عليها او اطلق في الرطبة تفسد المعاملة لانه ليس لذلك نهاية معلومة
لانها تنمو ما تركت في الارض فجهلت المدة ويشترط تسمية الجزء مشاعا لما بينا في المزارعة
اذ شرط جزء معين تقطع الشركة وان سميا في المعاملة وقتا يعلم انه لا يخرج الثمر
فيها فسدت المعاملة لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج ولو سميا مدة قد
يبلغ الثمر فيها وقد يتاخر عنها جازت لانا لا نتيقن بفوات المقصود ثم لو
خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة العقد وان تاخر فللعامل اجر المثل لفساد
العقد لانه تبين الخطأ في المدة المسماة فصار كما اذا علم ذلك في الابتداء بخلاف

القصيل يقطع

بقوة الارض

ما اذا لم يخرج اصلا لان الذهاب بآفة فلا يتبين فساد المدة فبقي العقد صحيحا ولا شيء
لكل واحد منهما على صاحبه قال ويجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم والرطاب
واصول الباذنجان وقال الشافعي في الجديد لا تجوز الا في الكرم والنخل لان جوازها
بالاثر وقد خصهما وهو حديث خيبر ولنا ان الجواز للحاجة وقد عمت واثر
خيبر لا يخصهما لان اهلها يعملون في الاشجار والرطاب ايضا ولو كان كما زعم
فالاصل في النصوص ان تكون معلولة لا سيما على اصله وليس لصاحب الكرم ان يخرج
العامل من غير عذر لانه لا ضرر عليه في الوفاء بالعقد وكذا ليس للعامل ان يترك
العمل بغير عذر بخلاف المزارعة بالاضافة الى صاحب البذر على ما قدمناه قال
فان دفع نخلا فيه ثمرة مساقاة والثمرة تزيد بالعمل جاز وان كانت قد انتهت
لم يجز وكذا على هذا اذا دفع الزرع وهو بقل جاز ولو استحصد وادرك لم يجز
لان العامل انما يستحق بالعمل ولا اثر للعمل بعد التناهي والادراك فلو جوزناه
لكان استحقاقا بغير عمل ولم يرد به الشرع بخلاف ما قبل ذلك لتحقق الحاجة الى العمل
قال واذا فسدت المساقاة فللعامل اجر مثله لانه في معنى الاجارة الفاسدة
وصار كالمزارعة اذا فسدت قال وتبطل المساقاة بالموت لانه في معنى الاجارة
وقد بيناه فيها فان مات رب الارض والخارج بسر فللعامل ان يقوم عليه كما
كان يقوم قبل ذلك الى ان يدرك الثمر وان كره ذلك ورثة رب الارض استحسانا
فيبقى العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر فيه على الآخر ولو التزم العامل الضرر
يتخير ورثة الآخر بين ان يقتسموا البسر على الشرط وبين ان يعطوه قيمة نصيبه
من البسر وبين ان ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر
لانه ليس له الحاق الضرر بهم وقد بينا نظيره في المزارعة ولو مات العامل
فلورثته ان يقوموا عليه وان كره رب الارض لان فيه النظر من الجانبين
فان ارادوا ان يصرموه بسرا كان صاحب الارض بين الخيارات الثلاث التي
بيناها وان ماتا جميعا فالخيار لورثة العامل لقيامهم مقامه وهذا خلافة في
حق مالي وهو ترك الثمار على الاشجار الى وقت الادراك لا ان يكون وراثة
في الخيار فان ابى ورثة العامل ان يقوموا عليه كان الخيار في ذلك لورثة
رب الارض على ما وصفنا واذا انقضت مدة المعاملة والخارج بسر اخضر فهذا
والاول سواء وللعامل ان يقوم عليها الى ان يدرك لكن بغير اجر لان الشجر

لا يجوز استيجاره بخلاف المزارعة في هذا لان الارض يجوز استيجارها وكذلك
العمل كله على العامل ههنا وفي المزارعة في هذا عليهما لانه لما وجب حفظ الارض
بعد انتهائها والحق على العامل لا يتنجح عليه العمل ههنا لا اجر فجاز ان يستحق العمل
كما يستحق قبل انتهائها قال وتفسخ بالاعذار لما بينا في الاجارات وقد بينا
وجوه العذر فيها ومن جملتها ان يكون العامل سارقا يخاف عليه سرقة السعف
والثمر قبل الادراك لانه يلزم صاحب الارض ضررا لم يلتزمه فيفسخ به ومنها مرض
العامل اذا كان يضعفه عن العمل لان في الزامه استيجار الاجراء زيادة ضرر
عليه ولم يلتزمه فيجعل عذرا ولو اراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا
فيه روايتان وتاويل احديهما ان يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته ومن
دفع ارضا بيضاء الى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا على ان يكون الارض
والشجر بين رب الارض والغارس نصفين لم يجز ذلك لاشتراط الشركة فيما
كان حاصلا قبل الشركة لا بعمله وجميع الثمر والغرس لرب الارض وللغارس قيمة
غرسه واجر مثله فيما عمل لانه في معنى قفيز الطحان اذ هو استيجار ببعض ما يخرج
من عمله وهو نصف البستان فيفسد وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض فيجب
قيمتها واجر مثله لانه لا يدخل في قيمة الغراس لتقومها بنفسها وفي تخريجها طريق
اخر بيناه في كفاية المنتهى وهذا اصحهما

كتاب الذبائح

الذكوة شرط حل الذبيحة لقوله تعالى الا ما ذكيتم ولانه بها يتميز الدم النجس من اللحم
الطاهر وكما يثبت به الحل يثبت به الطهارة في الماكول وغيره فانها تنبئ عنها
ومنه قوله عليه السلام ذكوة الارض يبسها وهي اختيارى كالجرح فيما بين اللبة
واللحيين واضطرارى وهو الجرح في اي موضع كان من البدن والثاني كالبدل عن الاول
لانه لا يصار اليه الا عند العجز عن الاول وهذا اية البدلية وهذا لان الاول
اعمل في اخراج الدم والثاني اقصر فيه فاكتفى به عند العجز عن الاول اذ التكليف
بحسب الوسع ومن شرطه ان يكون الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم
او دعوى كالكتابي وان يكون حلالا خارج الحرم على ما نبينه ان شاء الله تعالى قال
وذبيحة المسلم والكتابي حلال لما تلونا ولقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب
حل لكم ويحل اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وان كان صبيا او
مجنونا او امراة اما اذا كان لا يضبط ولا يعقل التسمية والذبيحة لا تحل لان

التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا والاقلف
والمختون سواء لما ذكرنا واطلاق الكتابي ينتظم الكتابي الذمي والحربي والعربي
والتغلبي لان الشرط قيام الملة على ما مر قال ولا تؤكل ذبيحة المجوسي لقوله عليه السلام
سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا اكلي ذبائحهم ولانه لا يدعي التوحيد
فانعدمت الملة اعتقادا ودعوى قال والمرتد لانه لا ملة له فانه لا يقر على ما انتقل
اليه بخلاف الكتابي اذا تحول الى غير دينه لانه يقر عليه عندنا فيعتبر ما هو عليه عند
الذبح لا ما قبله قال والوثني لانه لا يعتقد الملة قال والمحرم يعني من الصيد وكذا
لا يؤكل ما ذبح في الحرم من الصيد والاطلاق في المحرم ينتظم الحل والحرم والذبح في
الحرم يستوي فيه الحلال والمحرم وهذا لان الذكوة فعل مشروع وهذا الصنيع
محرم فلم يكن ذكوة بخلاف ما اذا ذبح المحرم غير الصيد او ذبح في الحرم غير الصيد
لانه فعل مشروع اذ الحرم لا يؤمن الشاة وكذا ذبحه لا يحرم على المحرم قال وان ترك
الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا اكل وقال الشافعي
اكل في الوجهين وقال مالك لا يؤكل في الوجهين والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء
وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازي والكلب وعند الرمي وهذا القول
من الشافعي مخالف للاجماع فانه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك التسمية عامدا
وانما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسيا فمن مذهب ابن عمر رضي الله تعالى عنهما انه
يحرم ومن مذهب علي وابن عباس رضي الله تعالى عنهم انه يحل بخلاف متروك التسمية عامدا
ولهذا قال ابو يوسف والمشايخ ان متروك التسمية عامدا لا يسع فيه الاجتهاد ولو
قضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ لكونه مخالفا للاجماع له قوله عليه السلام المسلم يذبح على
اسم الله تعالى سمى او لم يسم ولان التسمية لو كانت شرطا للحل لما سقطت بعذر النسيان
كالطهارة في باب الصلوة ولو كانت شرطا فالملة اقيمت مقامها كما في الناسي ولنا
الكتاب وهو قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه الاية نهي وهو للتحريم والاجماع
وهو ما بيناه والسنة وهي حديث عدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه فانه عليه السلام
قال في اخره فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك علل الحرمة بترك التسمية
ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا اذ لا فصل فيه ولكنا نقول في اعتبار ذلك من الحرج
ما لا يخفى لان الانسان كثير النسيان والحرج مدفوع والسمع غير مجرى على ظاهره
اذ لو اريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد وارتفع الخلاف في الصدر الاول

والاقامة في حق الناسي وهو معذور لا في حق العامد ولا عذر وما
رواه محمول على حالة النسيان ثم التسمية في ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح
وهي على المذبوح وفي الصيد تشترط عند الارسال والرمي وهي على الآلة لان
المقدور له في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال دون الاصابة
فتشترط عند فعل يقدر عليه حتى اذا اضجع شاة وسمى فذبح غيرها بتلك التسمية
لا يجوز ولو رمى الى صيد وسمى واصاب غيره حل وكذا في الارسال ولو
اضجع شاة وسمى ثم رمى بالشفرة وذبح باخرى اكل ولو سمى على سهم ثم رمى
بغيره صيدا لا يوكل. قال ويكره ان يذكر مع اسم الله تعالى شيئا غيره وان يقول
عند الذبح اللهم تقبل من فلان وهذه ثلث مسائل احدها ان يذكر موصولا لا
معطوفا فيكره ولا يحرم الذبيحة وهو المراد بما قال ونظيره ان يقول بسم الله
محمد رسول الله لان الشركة لم توجد فلم يكن الذبح واقعا له الا انه يكره لوجود
القران صورة فيتصور بصورة المحرم والثانية ان يذكر موصولا على وجه العطف
والشركة بان يقول بسم الله واسم فلان او يقول بسم الله وفلان او بسم الله
ومحمد رسول الله بكسر الدال فتحرم الذبيحة لانه اهل به لغير الله والثالثة ان يقول
مفصولا عنه صورة ومعنى بان يقول قبل التسمية وقبل ان يضجع الذبيحة او بعده
وهذا لا باس به لما روي عن النبي صلى الله تعالى عليه وسلم انه قال بعد الذبح اللهم تقبل
هذه عن امة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ والشرط هو الذكر
الخالص المجرد على ما قال ابن مسعود رضي الله عنه جردوا التسمية حتى لو قال عند الذبح
اللهم اغفر لي لا تحل لانه دعاء وسؤال ولو قال الحمد لله او سبحان الله يريد التسمية
حل ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا تحل في اصح الروايتين لانه يريد به
الحمد على نعمه دون التسمية وما تداولته الالسن عند الذبح وهو قوله بسم الله
والله اكبر منقول عن ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها
صواف. قال والذبح بين الحلق واللبة وفي الجامع الصغير لا باس بالذبح
في الحلق كله وسطه واعلاه واسفله والاصل فيه قوله عليه السلام الذكاة ما بين
اللبة واللحيين ولانه مجمع المجرى والعروق فيحصل بالفعل فيه انهار الدم
على ابلغ الوجوه فكان حكم الكل سواء. قال والعروق التي تقطع في الذكاة اربعة
الحلقوم والمريء والودجان لقوله عليه الصلاة والسلام افر الاوداج بما شئت

وهي

وهي اسم جمع واقله الثلاث فيتناول المريء والودجين وهو حجة على الشافعي
في الاكتفاء بالحلقوم والمريء الا انه لا يمكن قطع هذه الثلاثة الا بقطع الحلقوم فيثبت
قطع الحلقوم باقتضائه وبظاهر ما ذكرنا يحتج مالك ولا يجوز الاكثر منها بل
يشترط قطع جميعها وعندنا ان قطعها حل الاكل وان قطع اكثرها فكذلك عند ابي
حنيفة وقالا لا بد من قطع الحلقوم والمريء واحد الودجين قال رضي الله عنه هكذا
ذكر القدوري الاختلاف في مختصره والمشهور في كتب محمد رحمهم الله
ان هذا قول ابي يوسف وحده وقال في الجامع الصغير وان قطع نصف الحلقوم ونصف
الاوداج لم يوكل وان قطع الاكثر من الاوداج والحلقوم قبل ان يموت اكل ولم يحك
خلافا فاختلفت الرواية فيه فالحاصل ان عند ابي حنيفة اذا قطع الثلاث اي ثلاث
كان يحل وبه كان يقول ابو يوسف اولا ثم رجع الى ما ذكرنا وعن محمد انه يعتبر اكثر
من كل فرد وهو رواية عن ابي حنيفة لان كل فرد منها اصل بنفسه لانفصاله عن غيره
ولورود الامر بفريه فيعتبر اكثر كل واحد منها ولابي يوسف ان المقصود من قطع الودج
انهار الدم فينوب احدهما عن الآخر اذ كل واحد منهما مجرى الدم اما الحلقوم يخالف
المريء فانه مجرى العلف والماء والمريء مجرى النفس فلا بد من قطعهما ولابي حنيفة
ان الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام واي ثلث قطعها فقد قطع الاكثر
منها وما هو المقصود يحصل بها وهو انهار الدم المسفوح والتوحية في اخراج
الروح لانه لا يحيى بعد قطع مجرى النفس او الطعام ويخرج الدم بقطع احد الودجين
فيكتفى به تحرزا عن زيادة التعذيب بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق
فكانه لم يقطع شيئا احتياطا لجانب الحرمة. قال ويجوز الذبح بالظفر والقرن و
السن اذا كان منزوعا حتى لا يكون باكله باس الا انه يكره هذا الذبح وقال ش رح
المذبوح ميتة لقوله عليه السلام كل ما انهر الدم وافرى الاوداج ما خلا الظفر
والسن فانهما مدى الحبشة ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة كما اذا ذبح
بغير المنزوع ولنا قوله عليه السلام انهر الدم بما شئت ويروى افر الاوداج بما شئت
وما رواه محمول على غير المنزوع فان الحبشة كانوا يفعلون ذلك ولانه آلة جارحة
فيحصل به ما هو المقصود وهو اخراج الدم وصار كالحجر والحديد بخلاف غير
المنزوع لانه يقتل بالثقل فيكون في معنى المنخنقة وانما يكره لان فيه استعمال
جزء الآدمي ولان فيه اعسارا على الحيوان وقد امرنا فيه بالاحسان. قال

ويجوز الذبح بالليطة والمروة وكل شيء انهر الدم الا السن القائم والظفر القائم
فان المذبوح بهما ميتة لما بينا ونص محمد في الجامع الصغير على انها ميتة لانه وجد فيه
نصا وما لم يجد فيه نصا يحتاط في ذلك فيقول في الحل لا بأس به وفي الحرمة يقول
يكره او لم يؤكل قال ويستحب ان يحد الذابح شفرته لقوله عليه السلام ان الله تعالى
كتب عليكم الاحسان في كل شيء فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا
الذبحة وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته ويكره ان يضجعها ثم يحد الشفرة لما
روي عن النبي عليه السلام انه رأى رجلا اضجع شاة وهو يحد شفرته فقال لقد اردت
ان تميتها موتات هلا حددتها قبل ان تضجعها قال ومن بلغ بالسكين النخاع او
قطع الرأس كره له ذلك ويؤكل ذبيحته وفي بعض النسخ قطع مكان بلغ والنخاع
عرق ابيض في عظم الرقبة اما الكراهة فلما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام انه نهى
ان تنخع الشاة اذا ذبحت وتفسيره ما ذكرنا وقيل معناه ان يمد رأسه حتى يظهر
مذبحه وقيل ان يكسر عنقه قبل ان يسكن من الاضطراب وكل ذلك مكروه وهذا
لان في جميع ذلك وفي قطع الرأس زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة وهو منهي عنه
والحاصل ان ما فيه زيادة الالم لا يحتاج اليه في الذكاة مكروه ويكره ان يجر
ما يريد ذبحه برجله الى المذبح وان تنخع الشاة قبل ان تبرد يعني تسكن من الاضطراب
وبعده لا الم فلا يكره النخع والسلخ الا ان الكراهة لمعنى زائد وهو زيادة الالم
قبل الذبح او بعده فلا يوجب التحريم فلهذا قال يؤكل ذبيحته قال فان ذبح الشاة
من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق حل لتحقق الموت بما هو ذكاة ويكره
لان فيه زيادة الالم من غير حاجة فصار كما اذا جرحها ثم قطع الاوداج وان
ماتت قبل قطع العروق لم يؤكل لوجود الموت بما ليس بذكاة فيها قال وما استأنس
من الصيد فذكاته الذبح وما توحش من النعم فذكاته العقر والجرح لان ذكاة
الاضطرار انما يصار اليه عند العجز عن ذكاة الاختيار على ما مر والعجز متحقق في الوجه
الثاني دون الاول وكذا ما تردى من النعم في بئر ووقع العجز عن ذكاة الاختيار
لما بينا قال مالك لا يحل بذكاة الاضطرار في الوجهين لان ذلك نادر ونحن
نقول المعتبر حقيقة العجز وقد تحقق فيصار الى البدل كيف وانا لا نسلم الندرة
بل هو غالب وفي الكتاب اطلق فيما توحش من النعم وعن محمد ان الشاة اذا ندت
في الصحراء فذكاتها العقر وان ندت في المصر لا تحل بالعقر لانها لا تدفع عن نفسها

على م

النخاع خيط ابيض في جوف عظم الرقبة الى الصلب [illegible]

فيمكن

فيمكن اخذها في المصر فلا عجز والمصر وغيره سواء في البقر والبعير لانهما يدفعان
عن انفسهما فلا يقدر على اخذهما وان ندا في المصر فيتحقق العجز والصيال كالند
اذا كان لا يقدر على اخذه حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكاة حل اكله قال
والمستحب في الابل النحر فان ذبحها جاز ويكره والمستحب في البقر والغنم الذبح فان
نحرهما جاز ويكره اما الاستحباب فلموافقة السنة المتوارثة ولاجتماع العروق فيها
في المنحر وفيهما في المذبح والكراهة لمخالفة السنة وهي لمعنى في غيره فلا يمنع الجواز
والحل خلافا لما يقوله مالك رحمه الله انه لا يحل قال ومن نحر ناقة او ذبح بقرة
او شاة فوجد في بطنها جنينا ميتا لم يؤكل اشعر او لم يشعر وهذا عند ابي حنيفة
وهو قول زفر والحسن بن زياد وقال ابو يوسف ومحمد اذا تم خلقه اكل وهو قول
الشافعي لقوله عليه السلام ذكاة الجنين ذكاة امه ولانه جزء من الام حقيقة لانه
يتصل بها حتى يفصل بالمقراض ويتغذى بغذائها ويتنفس بنفسها وكذا حكما
حتى يدخل في البيع الوارد على الام ويعتق باعتاقها واذا كان جزءا منها فالجرح
في الام ذكاة له عند العجز عن ذكاته كما في الصيد وله انه اصل في الحياة حتى يتصور
حياته بعد موتها وعند ذلك يفرد بالذكاة ولهذا يفرد بايجاب الغرة ويعتق باعتاق
مضاف اليه وتصح الوصية له وبه وهو حيوان دموي وما هو المقصود من الذكاة
وهو التمييز بين الدم واللحم لا يتحصل بجرح الام اذ هو ليس بسبب لخروج الدم عنه
فلا يجعل تبعا في حقه بخلاف الجرح في الصيد لانه سبب لخروجه ناقصا فيقام
مقام الكامل فيه عند التعذر وانما يدخل في البيع تحريا للجواز كيلا يفسد باستثنائه
ويعتق باعتاقها كيلا ينفصل من الحرة ولد رقيق

فصل فيما يحل اكله وما لا يحل

قال ولا يجوز اكل ذي ناب من السباع ولا ذي مخلب من الطيور لان النبي عليه الصلاة
والسلام نهى عن اكل كل ذي مخلب من الطيور وكل ذي ناب من السباع وقوله من السباع
ذكر عقيب النوعين فينصرف اليهما فيتناول سباع الطيور والبهائم لا كل ما له
مخلب او ناب والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة ومعنى التحريم والله اعلم
كرامة بني آدم كيلا يعدو شيء من هذه الاوصاف الذميمة اليهم بالاكل ويدخل
فيه الضبع والثعلب فيكون الحديث حجة على الشافعي في اباحتهما والفيل ذو ناب فيكره
واليربوع وابن عرس من السباع الهوام وكرهوا اكل الرخم والبغاث لانهما يأكلان
الجيف قال ولا بأس بغراب الزرع لانه يأكل الحب وليس من سباع الطير ولا يؤكل

الحشرات صغار دواب الارض وقيل هي الفار واليرابيع والقنافذ

ما تمسك به الشافعي من ان النبي صلى الله عليه وسلم لما سئل عن الضب قال لم يكن من طعام قومي فاجد نفسي تعافه فلا احله ولا احرمه وفي حديث اكل الضب على مائدة رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي الآكلين ابو بكر ورسول الله صلى الله عليه وسلم كان ينظر اليه ويضحك. قلنا كان ذلك قبل ثبوت الحرمة ونهي النبي صلى الله عليه وسلم عائشة رضي الله عنها عن التصدق بالضب دليل ان امتناع رسول الله صلى الله عليه وسلم من اكله كان لحرمته لا لانه كان يعافه اذ لو لم يكن كذلك لامرها بالتصدق كما امر عائشة الانصار بقوله اطعموها الاسارى ثم الاصل انه متى تعارض الدليلان احدهما يوجب الحظر والآخر الاباحة يغلب الموجب للحظر. شرح الهداية للسيد جلال عليه الرحمة

الا يتبع الذي يأكل الجيف وكذا الغداف وقال ابو حنيفة لا بأس بأكل العقعق
لانه يخلط فأشبه الدجاجة وعن ابي يوسف انه يكره لان غالب اكله الجيف قال ويكره
اكل الضبع والضب والسلحفاة والزنبور والحشرات كلها اما الضبع فلما ذكرنا واما
الضب فلان النبي عليه السلام نهى عائشة رضي الله عنها حين سألته عن اكله وهو حجة
على الشافعي في اباحته والزنبور من المؤذيات والسلحفاة من خبائث الحشرات ولهذا
لا يجب على المحرم بقتله شيء وانما يكره الحشرات كلها استدلالا بالضب لانه منها قال
ولا يجوز اكل لحم الحمر الاهلية والبغال لما روى خالد بن الوليد رضي الله تعالى عنه
ان النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير وعن علي رضي الله عنه
ان النبي عليه السلام اهدر المتعة وحرم لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر قال ويكره لحم
الفرس عند ابي حنيفة وهو قول مالك وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي لا بأس بأكله
لحديث جابر رضي الله عنه انه قال نهى رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم عن لحوم الحمر
الاهلية واذن في لحم الخيل يوم خيبر ولابي حنيفة قوله تعالى والخيل والبغال
والحمير لتركبوها وزينة خرج مخرج الامتنان والاكل من اعلى منافعها والحكيم لا يترك
الامتنان باعلى النعم ويمتن بادناها ولانه آلة ارهاب العدو فيكره اكله احتراما
له ولهذا يضرب له بسهم في الغنيمة ولان في اباحته تقليل آلة الجهاد وحديث جابر
رضي الله عنه معارض بحديث خالد رضي الله عنه والترجيح للمحرم ثم قيل الكراهة عنده كراهة
تحريم وقيل كراهة تنزيه والاول اصح واما لبنه فقد قيل لا بأس به لانه ليس في شربه
تقليل آلة الجهاد قال ولا بأس باكل الارنب لان النبي عليه السلام اكل منه حين اهدي
اليه مشويا وامر اصحابه بالاكل منه ولانه ليس من السباع ولا من اكلة الجيف فاشبه
الظبي قال واذا ذبح ما لا يؤكل لحمه طهر لحمه وجلده الا الآدمي والخنزير فان الذكاة
لا تعمل فيهما الآدمي لحرمته وكرامته والخنزير لنجاسته كما في الدباغ وقال الشافعي
الذكاة لا تؤثر في جميع ذلك لانه لا تؤثر في اباحة اللحم اصلا وفي طهارته وطهارة
الجلد تبعا ولا تبع بدون الاصل وصار كذبح المجوسي ولنا ان الذكاة مؤثرة
في ازالة الرطوبات والدماء السيالة وهي النجسة دون ذات الجلد واللحم فاذا
زالت طهر كما في الدباغ وهذا الحكم مقصود في الجلد كالتناول في اللحم وفعل المجوسي
اماتة في الشرع فلا بد من الدباغ وكما يطهر لحمه يطهر شحمه حتى لو وقع في الماء القليل
لا يفسده خلافا له وهل يجوز الانتفاع به في غير الاكل قيل لا يجوز اعتبارا

بالاكل

بالاكل وقيل يجوز كالزيت اذا خالطه ودك الميتة والزيت غالب لا يؤكل وينتفع به
في غير الاكل قال ولا يؤكل من حيوان الماء الا السمك وقال مالك وجماعة من العلماء
باطلاق جميع ما في البحر واستثنى بعضهم الخنزير والكلب والانسان وعن
الشافعي انه اطلق ذلك كله والخلاف في الاكل والبيع واحد لهم قوله تعالى احل
لكم صيد البحر من غير فصل وقوله عليه السلام في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته
ولانه لا دم في هذه الاشياء اذ الدموي لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فاشبه
السمك ولنا قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وما سوى السمك خبيث ونهى رسول
الله صلى الله تعالى عليه وسلم عن دواء يتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان والصيد
المذكور فيما تلا محمول على الاصطياد وهو مباح فيما لا يحل والميتة المذكورة فيما
روى محمول على السمك وهو حلال مستثنى من ذلك لقوله عليه السلام احلت لنا ميتتان
ودمان اما الميتتان فالسمك والجراد واما الدمان فالكبد والطحال قال ويكره
اكل الطافي منه وقال مالك والشافعي لا بأس به لاطلاق ما روينا ولان ميتة البحر
موصوفة بالحل بالحديث ولنا ما روى جابر رضي الله عنه عن النبي عليه الصلاة والسلام
انه قال ما نضب عنه الماء فكلوا وما لفظه الماء فكلوا وما طفا فلا تأكلوا وعن
جماعة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم مثل مذهبنا وميتة البحر ما لفظه البحر ليكون موته
مضافا الى البحر لا ما مات فيه من غير آفة ولا بأس بأكل الجريث والمارماهي والجراد
بلا ذكاة وقال مالك لا يحل الجراد الا ان يقطع الآخذ رأسه ويشويه لانه صيد البر
ولهذا يجب على المحرم بقتله جزاء يليق به فلا يحل الا بالقتل كما في سائره والحجة عليه ما رويناه
وسئل علي رضي الله تعالى عنه عن الجراد يأخذها الرجل من الارض وفيها الميت وغيره
فقال كله كله وهذا عد من فصاحته ودل على اباحته وان مات حتف انفه بخلاف
السمك اذا مات من غير آفة لانا خصصناه بالنص الوارد في الطافي ثم الاصل في
السمك عندنا انه اذا مات بآفة يحل كالمأخوذ واذا مات حتف انفه من غير آفة
لا يحل كالطافي وتنسحب عليه فروع كثيرة بيناها في كفاية المنتهي وعند التأمل
يقف المتبحر عليها منها اذا قطع بعضها فمات يحل اكل ما ابين وما بقي لان موته
بآفة وما ابين من الحي وان كان ميتا فميتته حلال وفي الموت بالحر والبرد روايتان

كتاب الاضحية

الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم
الاضحى عن نفسه وعن ولده الصغار اما الوجوب فقول ابي حنيفة ومحمد وزفر

والحسن واحدى الروايتين عن ابي يوسف رحمهم الله وعنه انها سنة ذكره في الجوامع
لانه قول الشافعي وذكر الطحاوي انها على قول ابي حنيفة واجبة وعلى قول ابي يوسف
ومحمد سنة مؤكدة وهكذا ذكر بعض المشايخ الاختلاف وجه السنة قوله عليه السلام
من اراد ان يضحي منكم فلا يأخذ من شعره واظفاره شيئا والتعليق بالارادة
ينافي الوجوب ولانها لو كانت واجبة على المقيم لوجبت على المسافر لانهما لا يختلفان
في الوظائف المالية كالزكوة وصار كالعتيرة ووجه الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة
ولم يضح فلا يقربن مصلانا ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب ولانها
قربة تضاف اليها وقتها يقال يوم الاضحى وذلك يؤذن بالوجوب لان الاضافة
للاختصاص وهو بالوجود والوجوب هو المفضي الى الوجود ظاهرا بالنظر الى
الجنس غير ان الاداء يختص باسباب تشق على المسافر فاستحضاردها ويفوت بمضي
الوقت فلا تجب عليه بمنزلة الجمعة والمراد بالارادة فيما روي والله اعلم ما هو ضد السهو
لا التخيير والعتيرة منسوخة وهي شاة تقام في رجب على ما قيل وانما اختص الوجوب
بالحرية لانها وظيفة مالية لا تتادى الا بالملك والمالك هو الحر وبالاسلام
لكونها قربة وبالاقامة لما بينا واليسار لما روينا من اشتراط السعة ومقداره
ما يجب به صدقة الفطر وقد مر في الصوم وبالوقت وهو يوم الاضحى لانها مختصة به
وسنبين مقداره ان شاء الله تعالى. ويجب عن نفسه لانه اصل في الوجوب عليه على ما بيناه
وعن ولده الصغير لانه في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة الفطر وهي رواية
الحسن عن ابي حنيفة وروي عنه انه لا يجب عن ولده وهو ظاهر الرواية بخلاف
صدقة الفطر لان السبب هناك رأس يمونه ويلي عليه وهما موجودان في الصغير
وهذه قربة محضة والاصل في القرب ان لا تجب على الغير بسبب الغير ولهذا لا
تجب عن عبده وان كان يجب عنه صدقة الفطر وان كان للصغير مال يضحي عنه ابوه او
وصيه من ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر والشافعي يضحي من مال
نفسه لا من مال الصغير فالخلاف في هذا كالخلاف في صدقة الفطر وقيل
لا تجوز التضحية من مال الصغير في قولهم لان القربة تتادى بالاراقة والصدقة
بعدها تطوع فلا يجوز ذلك من مال الصغير ولا يمكنه ان يأكل كله والاصح ان يضحي
من ماله ويأكل منه ما امكنه ويبتاع بما بقي ما ينتفع بعينه قال ويذبح عن كل
واحد منهم شاة او يذبح بقرة او بدنة عن سبعة والقياس ان لا تجوز الا عن واحد لان

لان الاراقة واحدة وهي القربة الا انا تركناه بالاثر وهو ما روي عن جابر رضي الله عنه
انه قال نحرنا مع رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة
ولا نص في الشاة فبقي على اصل القياس. ويجوز عن خمسة او ستة او ثلثة ذكره محمد رحمه الله
في الاصل لانه لما جاز عن السبعة فعمن دونهم اولى ولا يجوز عن ثمانية اخذا بالقياس
فيما لا نص فيه. وكذا اذا كان نصيب احدهم اقل من السبع لا يجوز عن الكل لانعدام
وصف القربة في البعض وسنبينه ان شاء الله تعالى. وقال مالك يجوز عن اهل بيت واحد
وان كانوا اكثر من سبعة ولا يجوز عن اهل بيتين وان كانوا اقل منها لقوله عليه السلام
على كل اهل بيت في كل عام اضحاة وعتيرة. قلنا المراد منه والله اعلم قيم اهل البيت
لان اليسار له يؤيده ما يروى على كل مسلم في كل عام اضحاة وعتيرة ولو كانت
البدنة بين اثنين نصفين يجوز في الاصح لانه لما جاز ثلثة الاسباع جاز نصف
السبع تبعا له واذا جاز على الشركة فقسمة اللحم بالوزن لانه موزون ولو اقتسما
جزافا لا يجوز الا اذا كان معه شيء من الاكارع والجلد اعتبارا بالبيع. قال ولو
اشترى بقرة يريد ان يضحي بها عن نفسه ثم اشرك فيها ستة معه اجزاه استحسانا
وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لانه اعدها للقربة فيمنع عن بيعها تمولا
والاشتراك هذه صفته. وجه الاستحسان انه قد يجد بقرة سمينة يشتريها ولا يظفر
بالشركاء وقت البيع وانما يطلبهم بعده فكانت الحاجة اليه ماسة فجوزناه دفعا
للحرج وقد امكن لان بالشراء للتضحية لا يمتنع البيع والاحسن ان يفعل ذلك قبل الشراء
ليكون ابعد عن الخلاف وعن صورة الرجوع في القربة وعن ابي حنيفة انه
يكره الاشتراك بعد الشراء لما بينا. قال وليس على الفقير والمسافر اضحية لما بينا
وابو بكر وعمر رضي الله تعالى عنهما كانا لا يضحيان اذا كانا مسافرين وعن علي
رضي الله عنه ليس على المسافر جمعة ولا اضحية. قال ووقت الاضحية يدخل بطلوع
الفجر من يوم النحر الا انه لا يجوز لاهل الامصار الذبح حتى يصلي الامام صلوة
العيد فاما اهل السواد فيذبحون بعد الفجر والاصل فيه قوله عليه السلام من ذبح قبل
الصلوة فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلوة فقد تم نسكه واصاب سنة المسلمين
وقال عليه السلام ان اول نسكنا في هذا اليوم الصلوة ثم الاضحية غير ان هذا
الشرط في حق من عليه الصلوة وهو المصري دون اهل السواد ولان التاخير
لاحتمال التشاغل به عن الصلوة فلا معنى للتاخير في حق القروي ولا صلوة عليه

وما رويناه حجة على مالك والشافعي في نفي الجواز بعد الصلوة قبل نحر الامام ثم المعتبر في
ذلك مكان الاضحية حتى لو كانت الاضحية في السواد والمضحي في المصر يجوز كما انشق
الفجر وفي العكس لا يجوز الا بعد الصلوة وحيلة المصري اذا اراد التعجيل ان يبعث بها
الى خارج المصر فيضحي بها كما طلع الفجر وهذا لانها تشبه الزكوة من حيث انها تسقط
بهلاك المال قبل مضي ايام النحر كالزكوة بهلاك النصاب فيعتبر في الصرف مكان المحل لا مكان
الفاعل اعتبارا بها بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع
الفجر من يوم الفطر ولو ضحى بعد ما صلى اهل المسجد ولم يصل اهل الجبانة اجزأه
استحسانا لانها صلوة معتبرة حتى لو اكتفوا بها اجزأتهم وكذا على عكسه وقيل
هو جائز قياسا واستحسانا قال وهي جائزة في ثلثة ايام يوم النحر ويومان بعده
وقال الشافعي ثلثة ايام بعده لقوله عليه السلام ايام التشريق كلها ايام ذبح ولنا
ما روي عن عمر وعلي وابن عباس رضي الله تعالى عنهم انهم قالوا ايام النحر ثلثة افضلها
اولها وقد قالوه سماعا لان الرأي لا يهتدي الى المقادير وفي الاخبار تعارض
فاخذنا بالمتيقن وهو الاقل وافضلها اولها كما قالوا ولان فيه مسارعة الى
اداء القربة وهو الاصل الا لمعارض ويجوز الذبح في لياليها الا انه يكره لاحتمال
الغلط في ظلمة الليل وايام النحر ثلثة وايام التشريق ثلثة والكل يمضي باربعة اولها
نحر لا غير وآخرها تشريق لا غير والمتوسطان نحر وتشريق والتضحية فيها افضل
من التصدق بثمن الاضحية لانها تقع واجبة او سنة والتصدق تطوع محض فتفضل
عليه ولانها تفوت بفوات وقتها والصدقة يؤتى بها في الاوقات كلها فنزلت
منزلة الطواف والصلوة في حق الافاقي ولو لم يضح حتى مضت ايام النحر ان كان اوجب
على نفسه او كان فقيرا وقد اشترى الاضحية تصدق بها حية وان كان غنيا
تصدق بقيمة شاة اشترى او لم يشتر لانها واجبة على الغني وتجب على الفقير بالشراء
بنية التضحية عندنا فاذا فات الوقت يجب عليه التصدق اخراجا له عن العهدة كالجمعة
تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية قال ولا يضحى بالعمياء والعوراء
والعرجاء التي لا تمشي الى المنسك ولا العجفاء لقوله عليه السلام لا تجزي في الضحايا
اربعة العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها والمريضة البين مرضها
والعجفاء التي لا تنقي قال ولا تجزي مقطوعة الاذن والذنب اما الاذن
فلقوله عليه السلام استشرفوا العين والاذن اي اطلبوا سلامتهما واما الذنب فلانه

المال م

قوله لا تنقي من النقي
وهو مخ العظم
١٢

عضو

عضو كامل مقصود فصار كالاذن قال ولا التي ذهب اكثر اذنها وذنبها وان
بقي اكثر الاذن والذنب جاز لان للاكثر حكم الكل بقاء وذهابا ولان العيب اليسير
لا يمكن التحرز عنه فجعل عفوا واختلفت الروايات عن ابي حنيفة في مقدار الاكثر
ففي الجامع الصغير عنه وان قطع من الذنب او الاذن او العين او الالية الثلث
او اقل اجزأه وان كان اكثر لم يجز لان الثلث تنفذ فيه الوصية من غير رضاء الورثة
فاعتبر قليلا وفيما زاد لا تنفذ الا برضاهم فاعتبر كثيرا ويروى عنه الربع لانه
يحكي حكاية الكمال على ما مر في الصلوة ويروى الثلث لقوله عليه السلام في حديث الوصية
الثلث والثلث كثير وقال ابو يوسف ومحمد اذا بقي الاكثر من النصف اجزأه اعتبارا
للحقيقة على ما مر في الصلوة وهو اختيار الفقيه ابي الليث وقال ابو يوسف اخبرت
بقولي ابا حنيفة فقال قولي هو قولك قيل هو رجوع منه الى قول ابي يوسف
وقيل معناه قولي قريب من قولك وفي كون النصف مانعا روايتان عنهما كما في
انكشاف العضو عن ابي يوسف ثم معرفة المقدار في غير العين متيسر وفي العين قالوا
يشد العين المعيبة بعد ان لا تعتلف الشاة يوما او يومين ثم يقرب العلف اليها قليلا
قليلا فاذا رأته من موضع اعلم على ذلك المكان ثم تشد عينها الصحيحة وقرب
اليها العلف قليلا قليلا حتى اذا رأته من مكان اعلم عليه ثم ينظر الى تفاوت ما بينهما
فان كان ثلثا فالذاهب الثلث وان كان نصفا فالنصف قال ويجوز ان يضحي بالجماء
وهي التي لا قرن لها لان القرن لا يتعلق به مقصود وكذا مكسورة القرن لما قلنا
والخصي لان لحمها اطيب وقد صح ان النبي عليه السلام ضحى بكبشين املحين موجوئين
قال والثولاء وهي المجنونة وقيل هذا اذا كانت تعتلف لانه لا يخل بالمقصود
اما اذا كانت لا تعتلف لا تجزيه والجرباء ان كانت سمينة جاز لان الجرب في
الجلد ولا نقصان في اللحم وان كانت مهزولة لا يجوز لان الجرب في اللحم فانتقص
واما الهتماء وهي التي لا اسنان لها فعن ابي يوسف انه يعتبر في الاسنان الكثرة
والقلة وعنه ان بقي ما يمكنه الاعتلاف به اجزأه لحصول المقصود والسكاء
وهي التي لا اذن لها خلقة لا تجوز لان مقطوع اكثر الاذن اذا كان
لا يجوز فعديم الاذن اولى وهذا الذي ذكرنا اذا كانت هذه العيوب قائمة
وقت الشراء ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع ان كان غنيا عليه غيرها
وان كان فقيرا تجزيه هذه لان الوجوب على الغني بالشرع ابتداء لا بالشراء فلم تتعين به

الرواية نـ

فاذا رآه نـ

وعلى الفقير بشرائه بنية الاضحية فتعينت ولا يجب عليه ضمان نقصانه كما في نصاب الزكوة
وعن هذا الاصل قالوا اذا ماتت المشتراة للتضحية على الموسر مكانها اخرى ولا شيء
على الفقير ولو ضلت او سرقت فاشترى اخرى ثم ظهرت الاولى في ايام النحر على الموسر
ذبح احديهما وعلى الفقير ذبحهما ولو اضجعها فاضطربت فانكسرت رجلها فذبحها
اجزاه استحسانا عندنا خلافا لزفر والشافعي لان حالة الذبح ومقدماته ملحقة بالذبح
فكانه حصل به اعتبارا وحكما وكذا لو تعيبت في هذه الحالة فانفلتت ثم اخذت
من فوره وكذا بعد فوره عند محمد خلافا لابي يوسف لانه حصل بمقدمات الذبح. قال
والاضحية من الابل والبقر والغنم لانها عرفت شرعا ولم تنقل التضحية بغيرها من النبي
عليه السلام ولا من الصحابة رضي الله عنهم قال ويجزي من ذلك كله الثني فصاعدا الا
الضان فان الجذع يجزي لقوله عليه السلام ضحوا بالثنايا الا ان يعسر على احدكم
فليذبح الجذع من الضان وقال عليه السلام نعمت الاضحية الجذع من الضان قالوا وهذا
اذا كانت عظيمة بحيث لو خلط بالثنيان يشتبه على الناظر من بعيد والجذع من الضان
ما تمت له ستة اشهر في مذهب الفقهاء وذكر الزعفراني انه ابن سبعة اشهر والثني منها ومن
المعز ابن سنة ومن البقر ابن سنتين ومن الابل ابن خمس سنين ويدخل في البقر الجاموس
لانه من جنسه والمولود بين الاهلي والوحشي يتبع الام لانها هي الاصل في التبعية حتى
اذا نزا الذئب على الشاة يضحى بالولد قال واذا اشترى سبعة بقرة ليضحوا بها فمات
احدهم قبل النحر وقالت الورثة اذبحوها عنه وعنكم اجزاهم وان كان شريك الستة نصرانيا
او رجلا يريد اللحم لم يجز عن واحد منهم ووجهه ان البقرة تجوز عن سبعة لكن من شرطه
ان يكون قصد الكل القربة وان اختلفت جهاتها كالاضحية والقران والمتعة عندنا
لاتحاد المقصود وهو القربة وقد وجد هذا الشرط في الوجه الاول لان التضحية عن الغير
عرفت قربة الا ترى ان النبي عليه السلام ضحى عن امته على ما روينا من قبل ولم يوجد في الوجه
الثاني لان النصراني ليس من اهلها وكذا قصد اللحم ينافيها واذا لم يقع البعض قربة
والاراقة لا تتجزى في حق القربة لم يقع الكل ايضا فامتنع الجواز وهذا الذي ذكره
استحسان والقياس ان لا يجوز وهو رواية عن ابي يوسف لانه تبرع بالاتلاف فلا يجوز
عن غيره كالاعتاق عن الميت لكنا نقول القربة قد تقع عن الميت كالتصدق بخلاف
الاعتاق لان فيه الزام الولاء على الميت ولو ذبحوها عن صغير في الورثة او ام
ولد جاز لما بينا انه قربة ولو مات واحد منهم فذبحها الباقون بغير اذن الورثة لا

لا يجزيهم لانه لم يقع بعضها قربة وفيما تقدم وجد الاذن من الورثة فكان قربة قال
وياكل من لحم الاضحية ويطعم الاغنياء والفقراء ويدخر لقوله عليه السلام كنت
نهيتكم عن اكل لحوم الاضاحي فكلوا منها وادخروا ومتى جاز اكله وهو غني
جاز ان يؤكله غنيا ويستحب ان لا ينقص الصدقة من الثلث لان الجهات ثلث الاكل
والادخار لما روينا والاطعام لقوله تعالى واطعموا القانع والمعتر فانقسم عليها
اثلاثا قال ويتصدق بجلدها لانه جزء منها او يعمل منه آلة تستعمل في البيت كالنطع
والجراب والغربال ونحوها لان الانتفاع به غير محرم ولا باس بان يشتري به ما ينتفع
بعينه في البيت مع بقائه استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا لان للبدل حكم المبدل ولا يشتري
ما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه كالخل والابازير اعتبارا بالبيع بالدراهم والمعنى فيه انه
تصرف على قصد التمول واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح فلو باع الجلد او اللحم بالدراهم او بما
لا ينتفع به الا بعد استهلاكه تصدق بثمنه لان القربة انتقلت الى بدله وقوله عليه السلام
من باع جلد اضحيته فلا اضحية له يفيد كراهة البيع اما البيع فجائز لقيام الملك والقدرة
على التسليم ولا يعطي اجر الجزار من الاضحية لقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه تصدق بجلالها
وخطمها ولا تعط اجر الجزار منها شيئا والنهي عنه نهي عن البيع ايضا لانه في معنى البيع
ويكره ان يجز صوف اضحيته وينتفع به قبل ان يذبحها لانه التزم اقامة القربة بجميع اجزائها
بخلاف ما بعد الذبح لانه اقيمت القربة بها كما في الهدي ويكره ان يحلب لبنها فينتفع به كما
في الصوف قال والافضل ان يذبح اضحيته بيده ان كان يحسن الذبح وان كان لا يحسنه
فالافضل ان يستعين بغيره واذا استعان بغيره ينبغي ان يشهدها بنفسه لقوله عليه السلام
لفاطمة رضي الله عنها قومي فاشهدي اضحيتك فانه يغفر لك باول قطرة من دمها كل
ذنب قال ويكره ان يذبحها الكتابي لانه عمل هو قربة وهو ليس من اهلها ولو امره
فذبحها جاز لانه من اهل الذكوة والقربة اقيمت بانابته ونيته بخلاف ما اذا امر المجوسي
لانه ليس من اهل الذكوة فكان افسادا قال واذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما اضحية
الاخر اجزا عنهما ولا ضمان عليهما وهذا استحسان واصل هذا ان من ذبح اضحية غيره
بغير اذنه لا يحل له ذلك وهو ضامن لقيمتها ولا يجزيه من الاضحية في القياس وهو
قول زفر وفي الاستحسان يجوز ولا ضمان على الذابح وهو قولنا وجه القياس انه
ذبح شاة غيره بغير امره فيضمن كما اذا ذبح شاة اشتراها القصاب وجه الاستحسان
انها تعينت للذبح لتعينها للاضحية حتى وجب عليه ان يضحي بها بعينها في ايام النحر

ويكره ان يبدل بها غيرها فصار المالك مستعينا بكل من يكون اهلا للذبح آذنا له
دلالة لانها تفوت بمضي هذه الايام وعساه يعجز عن اقامتها لعوارض فصار كما
اذا ذبح شاة شد القصاب رجلها فان قيل يفوته امر مستحب وهو ان يذبحها بنفسه
او يشهد الذبح فلا يرضى به قلنا يحصل له مستحبان آخران صيرورته مضحيا لما عينه
وكونه معجلا به فيرتضيه ولعلمائنا رحمهم الله من هذا الجنس مسائل استحسانية
وهي ان من طبخ لحم غيره او طحن حنطته او رفع جرته فانكسرت او حمل على دابته
فعطبت كل ذلك بغير امر المالك يكون ضامنا ولو وضع المالك اللحم في القدر و
القدر على الكانون والحطب تحته فاوقد غيره النار وطبخ لا يضمن استحسانا او جعل
الحنطة في الدورق وربط عليه او رفع الجرة واما لها الى نفسه او حمل على دابته
فسقط في الطريق فاوقد هو النار فيه او ساق الدابة فطحنها او اعانه على رفع
الجرة فانكسرت فيما بينهما او حمل على دابته ما سقط فعطبت لا يكون ضامنا في هذه
الصور كلها استحسانا لوجود الاذن دلالة اذا ثبت هذا نقول في مسئلة الكتاب ذبح كل
واحد منهما اضحية غيره بغير اذنه صريحا فهي خلافية زفر بعينها ويتاتى فيها القياس
والاستحسان كما ذكرنا فياخذ كل واحد منهما مسلوخه من صاحبه ولا يضمنه لانه وكيله
فيما فعل دلالة فان كانا قد اكلا ثم علما فليحلل كل واحد منهما صاحبه ويجزيهما
لانه لو اطعمه في الابتداء يجوز وان كان غنيا فكذا له ان يحلله في الانتهاء وان
تشاحا فلكل منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة لانها بدل عن اللحم
فصار كما لو باع اضحيته وهذا لان التضحية لما وقعت عن صاحبه كان اللحم له ومن اتلف
لحم اضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن
اضحيته لانه ملكها بسابق الغصب بخلاف ما لو اودع شاة فضحى بها لانه يضمنه
بالذبح فلم يثبت الملك له الا بعد الذبح

كتاب الكراهية

قال الشيخ الامام الاجل رحمه الله تعالى تكلموا في معنى المكروه والمروي عن محمد نصا ان كل مكروه
حرام الا انه لما لم يجد فيه نصا قاطعا لم يطلق عليه لفظ الحرام وعن ابي حنيفة و
ابي يوسف انه الى الحرام اقرب وهو يشتمل على فصول منها

فصل في الاكل والشرب

قال ابو حنيفة يكره لحوم الاتن والبانها وابوال الابل وقال ابو يوسف ومحمد لا
باس بابوال الابل وتاويل قول ابي يوسف لا باس بها للتداوي وقد بينا
هذه الجملة فيما تقدم في الصلوة والذبائح فلا نعيدها واللبن متولد من اللحم فاخذ حكمه

الدابة م

انه م

قال

قال ولا يجوز الاكل والشرب والادهان والتطيب في آنية الذهب والفضة للرجال
والنساء لقوله عليه السلام في الذي يشرب من اناء الذهب والفضة انما يجرجر في
بطنه نار جهنم واتي ابو هريرة بشراب في اناء فضة فلم يقبله وقال نهانا
رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم واذا ثبت هذا في الشرب فكذا في الادهان ونحوه
لانه في معناه ولانه تشبه بزي المشركين وتنعم بتنعم المترفين والمسرفين وقال
في الجامع الصغير يكره ومراده التحريم ويستوي فيه الرجال والنساء لعموم النهي وكذلك
الاكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب والفضة وكذا ما اشبه ذلك
كالمكحلة والمرآة وغيرهما لما ذكرنا قال ولا باس باستعمال آنية الرصاص و
الزجاج والبلور والعقيق وقال الشافعي يكره لانه في معنى الذهب والفضة في
التفاخر به قلنا ليس كذلك لانه ما كان من عادتهم التفاخر بغير الذهب والفضة قال
ويجوز الشرب في الاناء المفضض عند ابي حنيفة والركوب في السرج المفضض والجلوس
على الكرسي المفضض والسرير المفضض اذا كان يتقي موضع الفضة ومعناه يتقي موضع
الفم وقيل هذا وموضع اليد في الاخذ وفي السرير والسرج موضع الجلوس
وقال ابو يوسف يكره ذلك وقول محمد يروى مع ابي حنيفة ويروى مع ابي يوسف
وعلى هذا الاختلاف الاناء المضبب بالذهب والفضة والكرسي المضبب بهما وكذا اذا
جعل ذلك في السيف والمشحذ وحلقة المرآة او جعل المصحف مذهبا او مفضضا و
كذا الاختلاف في اللجام والركاب والثفر اذا كان مفضضا وكذا الثوب فيه كتابة
بذهب او فضة على هذا الاختلاف وهذا الاختلاف فيما يخلص واما التمويه الذي
لا يخلص فلا باس به بالاجماع لهما ان مستعمل جزء من الاناء مستعمل جميع الاجزاء
فيكره كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة ولابي حنيفة ان ذلك تابع ولا معتبر
بالتوابع فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب ومسمار الذهب في
الفص قال ومن ارسل اجيرا له مجوسيا او خادما فاشترى لحما فقال اشتريته
من يهودي او نصراني او مسلم وسعه اكله لان قول الكافر مقبول في المعاملات
لانه خبر صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة
الى قبوله لكثرة وقوع المعاملات وان كان غير ذلك لم يسعه ان ياكل منه معناه
اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم لانه لما قبل قوله في الحل اولى ان يقبل في الحرمة
قال ويجوز ان يقبل في الهدية والاذن قول العبد والجارية والصبي لان الهدايا تبعث

الثفر بلوكب وكذلك السير في موضع السرج فاكره

صح الثفر

عادة على ايدي هؤلاء وكذا لا يمكنهم استصحاب الشهود على الاذن عند الضرب في
الارض والمبايعة في السوق فلو لم يقبل قولهم يؤدي الى الحرج وفي الجامع الصغير
واذا قالت جارية لرجل بعثني مولاي اليك هدية وسعه ان ياخذها لانه لا فرق
بين ما اذا اخبرت باهداء المولى غيرها او نفسها لما قلنا ويقبل في المعاملات
قول الفاسق ولا يقبل في الديانات الا العدل ووجه الفرق ان المعاملات يكثر
وجودها فيما بين اجناس الناس فلو شرطنا شرطا زائدا يؤدي الى الحرج فيقبل قول
الواحد فيها عدلا كان او فاسقا كافرا او مسلما عبدا او حرا ذكرا او انثى دفعا
للحرج اما الديانات فلا يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات فجاز ان يشترط فيها
زيادة شرط فلا يقبل الا قول المسلم العدل لان الفاسق متهم والكافر لا يلتزم
الحكم فليس له ان يلزم المسلم بخلاف المعاملات لان الكافر لا يمكنه المقام في دارنا
الا بالمعاملة ولا يتهيأ له المعاملة الا بعد قبول قوله فيها فكان فيه ضرورة
ولا يقبل قول المستور في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة انه يقبل قوله فيها جريا
على مذهبه انه يجوز القضاء به وفي ظاهر الرواية هو والفاسق فيه سواء حتى يعتبر
فيهما اكبر الراي قال ويقبل فيها قول العبد والحر والامة اذا كانوا عدولا
لان عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه فمن المعاملات ما ذكرنا ومنها
التوكيل ومن الديانات الاخبار بنجاسة الماء حتى اذا اخبره مسلم مرضي لم يتوضأ به
ويتيمم ولو كان المخبر فاسقا او مستورا تحرى فان كان اكبر رايه انه صادق
يتيمم ولا يتوضأ وان اراق الماء ثم تيمم كان احوط ومع العدالة يسقط احتمال
الكذب فلا معنى للاحتياط بالاراقة اما التحري فمجرد ظن ولو كان اكبر رايه
انه كاذب توضأ به ولا يتيمم لترجح جانب الكذب بالتحري وهذا جواب الحكم فاما
في الاحتياط فيتيمم بعد الوضوء لما قلنا ومنها الحل والحرمة اذا لم يكن فيها زوال
الملك وفيها تفاصيل وتفريعات ذكرناها في كفاية المنتهي قال ومن دعي
الى وليمة او طعام فوجد ثمة لعبا او غناء فلا باس بان يقعد وياكل وقال
ابو حنيفة ابتليت بهذا مرة فصبرت وهذا لان اجابة الدعوة سنة قال النبي
عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم فلا يتركها لما اقترنت به من البدعة
من غيره كصلوة الجنازة واجبة الاقامة وان حضرتها نياحة فان قدر على المنع
منعهم وان لم يقدر يصبر وهذا اذا لم يكن مقتدى فان كان مقتدى ولم يقدر

على

على منعهم يخرج ولا يقعد لان في ذلك شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين
والمحكي عن ابي حنيفة في الكتاب كان قبل ان يصير مقتدى ولو كان ذلك على المائدة
لا ينبغي ان يقعد وان لم يكن مقتدى لقوله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم
الظالمين وهذا كله بعد الحضور ولو علم قبل الحضور لا يحضر لانه لم يلزمه حق
الدعوة بخلاف ما اذا هجم عليه لانه قد لزمه ودلت المسئلة على ان الملاهي كلها
حرام حتى التغني بضرب القضيب وكذا قول ابي حنيفة ابتليت لان الابتلاء بالمحرم
يكون **فصل في اللبس** قال لا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء لان النبي عليه السلام
نهى عن لبس الحرير والديباج وقال انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة وانما حل
للنساء بحديث آخر وهو ما رواه عدة من الصحابة رضوان الله تعالى عليهم منهم علي رضي الله
عنه ان النبي عليه السلام خرج وباحدى يديه حرير وبالاخرى ذهب وقال
هذان محرمان على ذكور امتي حلال لاناثهم ويروى حل لاناثهم الا ان القليل
عفو وهو مقدار ثلاثة اصابع او اربع كالاعلام والمكفوف بالحرير لما روي انه
عليه السلام نهى عن لبس الحرير الا موضع اصبعين او ثلاثة او اربعة اراد الاعلام
وعنه عليه الصلوة والسلام انه كان يلبس جبة مكفوفة بالحرير قال ولا باس بتوسده
والنوم عليه عند ابي حنيفة وقالا يكره وفي الجامع الصغير ذكر قول محمد وحده
ولم يذكر قول ابي يوسف وانما ذكره القدوري وغيره من المشايخ وكذا الاختلاف
في ستر الحرير وتعليقه على الابواب لهما العمومات ولانه من زي الاكاسرة
والجبابرة والتشبه بهم حرام قال عمر رضي الله تعالى عنه اياكم وزي الاعاجم
وله ما روي انه عليه السلام جلس على مرفقة حرير وقد كان على بساط عبد الله
ابن عباس رضي الله عنهما مرفقة حرير ولان القليل من الملبوس مباح كالاعلام
فكذا القليل من اللبس والاستعمال والجامع كونه نموذجا على ما عرف قال ولا باس
بلبس الحرير والديباج في الحرب عندهما لما روى الشعبي انه عليه السلام رخص في
لبس الحرير والديباج في الحرب ولان فيه ضرورة فان الخالص منه ادفع لمعرة
السلاح واهيب في عين العدو لبريقه ويكره عند ابي حنيفة لانه لا فصل
فيما روينا والضرورة اندفعت بالمخلوط وهو الذي لحمته حرير وسداه غير ذلك
والمحظور لا يستباح الا لضرورة وما رواه محمول على المخلوط قال ولا باس
بلبس ما سداه حرير ولحمته غير حرير كالقطن والخز في الحرب وغيره لان

القضبة

مرفقة

الصحابة رضي الله عنهم كانوا يلبسون الخز والخز مسدى بالحرير ولأن الثوب إنما يصير
ثوبا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة دون السدى وقال أبو يوسف أكره
ثوب القز يكون بين الفرو والظهارة ولا أرى بحشو القز بأسا لأن الثوب
ملبوس والحشو غير ملبوس قال وما كان لحمته حريرا وسداه غير حرير لا بأس به في
الحرب للضرورة ويكره في غيره لانعدامها والاعتبار للحمة على ما بيناه قال ولا يجوز
للرجال التحلي بالذهب لما روينا ولا بالفضة لأنها في معناه إلا بالخاتم والمنطقة
وحلية السيف من الفضة تحقيقا لمعنى النموذج والفضة أغنت عن الذهب إذ هما
من جنس واحد كيف وقد جاء في إباحة ذلك آثار وفي الجامع الصغير ولا يتختم
إلا بالفضة وهذا نص على أن التختم بالحجر والحديد والصفر حرام ورأى رسول
الله صلى الله عليه وسلم على رجل خاتم صفر فقال ما لي أجد منك رائحة الأصنام و
رأى على رجل آخر خاتم حديد فقال ما لي أرى عليك حلية أهل النار ومن الناس
من أطلق في الحجر الذي يقال له يشب لأنه ليس بحجر إذ ليس له ثقل الحجر وإطلاق
الجواب في الكتاب يدل على تحريمه والتختم بالذهب على الرجال حرام لما روينا وعن علي
رضي الله عنه أن النبي عليه السلام نهى عن التختم بالذهب ولأن الأصل فيه التحريم والإباحة
ضرورة الختم والنموذج وقد اندفعت بالأدنى وهو الفضة والحلقة هي المعتبرة
لأن قوام الخاتم بها ولا معتبر بالفص حتى يجوز أن يكون من حجر ويجعل الفص إلى
باطن كفه بخلاف النسوان لأنه تزين في حقهن وإنما يتختم القاضي والسلطان
لحاجته إلى الختم فأما غيرهما فالأفضل أن يتركه لعدم الحاجة إليه قال ولا بأس
بمسمار الذهب يجعل في حجر الفص أي في ثقبه لأنه تابع كالعلم في الثوب فلا يعد
لابسا له قال ولا يشد الأسنان بالذهب وتشد بالفضة وهذا عند أبي حنيفة
وقال محمد لا بأس بالذهب أيضا وعن أبي يوسف مثل قول كل واحد منهما لهما أن عرفجة
بن أسعد أصيب أنفه يوم الكلاب فاتخذ أنفا من فضة فأنتن فأمره النبي عليه السلام
بأن يتخذ أنفا من ذهب ولأبي حنيفة أن الأصل فيه التحريم والإباحة للضرورة
وقد اندفعت بالفضة وهي الأدنى فبقي الذهب على التحريم والضرورة فيما روي
لم تندفع في الأنف حيث أنتن قال ويكره أن يلبس الذكور من الصبيان
الذهب والحرير لأن التحريم لما ثبت في حق الذكور وحرم اللبس حرم الإلباس
كالخمر لما حرم شربه حرم سقيه قال ويكره الخرقة التي تحمل فيمسح بها العرق لأنه

لأنه نوع تجبر وتكبر وكذا التي يمسح بها الوضوء أو يمتخط بها وقيل إذا كان عن حاجة
لا يكره وهو الصحيح وإنما يكره إذا كان عن تكبر وصار كالتربع في الجلوس ولا بأس
بأن يربط الرجل في إصبعه أو خاتمه الخيط للحاجة ويسمى ذلك الرتم والرتيمة وكان
ذلك من عادة العرب قال قائلهم لا ينفعنك اليوم إن همت بهم كثرة ما توصي
وتعقاد الرتم وقد روي أن النبي عليه السلام أمر بعض أصحابه بذلك ولأنه ليس بعبث
لما فيه من الغرض الصحيح وهو التذكر عند النسيان **فصل في الوطء والنظر واللمس**
قال ولا يجوز أن ينظر الرجل إلى الأجنبية إلا إلى وجهها وكفيها لقوله تعالى ولا
يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها قال علي وابن عباس رضي الله عنهم ما ظهر منها الكحل
والخاتم والمراد موضعهما وهو الوجه والكف كما أن المراد بالزينة المذكورة مواضعها
ولأن في إبداء الوجه والكف ضرورة لحاجتها إلى المعاملة مع الرجال أخذا وإعطاء
وغير ذلك وهذا تنصيص على أنه لا يباح النظر إلى قدميها وعن أبي حنيفة أنه يباح
لأن فيه بعض الضرورة وعن أبي يوسف أنه يباح النظر إلى ذراعيها أيضا لأنه
قد يبدو منها عادة قال فإن كان لا يأمن من الشهوة لا ينظر إلى وجهها إلا لحاجة
لقوله عليه السلام من نظر إلى محاسن امرأة أجنبية عن شهوة صب في عينيه الآنك يوم القيامة
فإذا خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة تحرزا عن المحرم وقوله لا يأمن يدل على أنه
لا يباح إذا شك في الاشتهاء كما إذا علم أو كان أكبر رأيه ذلك ولا يحل له أن يمس
وجهها ولا كفيها وإن كان يأمن الشهوة لقيام المحرم وانعدام الضرورة والبلوى
بخلاف النظر لأن فيه بلوى والمحرم قوله عليه السلام من مس كف امرأة ليس منها
بسبيل وضع على كفه جمر يوم القيامة وهذا إذا كانت شابة تشتهى أما إذا كانت
عجوزا لا تشتهى فلا بأس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة وقد روي
أن أبا بكر رضي الله عنه كان يدخل بعض القبائل التي كان مسترضعا فيهم وكان يصافح العجائز
وعبد الله بن الزبير رضي الله عنه استأجر عجوزا لتمرضه وكانت تغمز رجليه وتفلي
رأسه وكذا إذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها لما قلنا وإن كان لا يأمن عليها
لا تحل مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة والصغيرة إذا كانت لا تشتهى يباح مسها
والنظر إليها لعدم خوف الفتنة قال ويجوز للقاضي إذا أراد أن يحكم عليها و
للشاهد إذا أراد الشهادة عليها النظر إلى وجهها وإن خاف أن يشتهي للحاجة إلى إحياء حقوق
الناس بواسطة القضاء وأداء الشهادة ولكن ينبغي أن يقصد به أداء الشهادة

والحكم عليها لا قضاء الشهوة تحرزا عما يمكنه التحرز عنه وهو قصد القبيح وأما النظر
لتحمل الشهادة اذا اشتهى قيل يباح والاصح انه لا يباح لانه يوجد من لا يشتهي فلا
ضرورة بخلاف حالة الاداء ومن اراد ان يتزوج امرأة فلا بأس بان ينظر
اليها وان علم انه يشتهيها لقوله عليه السلام فيه ابصرها فانه احرى ان يؤدم بينكما
ولان مقصوده اقامة السنة لا قضاء الشهوة ويجوز للطبيب ان ينظر الى موضع
المرض منها للضرورة وينبغي ان يعلّم امرأة مداواتها لان نظر الجنس الى الجنس
اسهل فان لم يقدروا يستر كل عضو منها سوى موضع المرض ثم ينظر ويغض بصره
ما استطاع لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها وصار كنظر الخافضة والختان
وكذا يجوز للرجل النظر الى موضع الاحتقان من الرجل لانه مداواة ويجوز للمرض
وكذا للهزال الفاحش على ما روي عن ابي يوسف لانه امارة المرض قال وينظر
الرجل الى الرجل الى جميع بدنه الا الى ما بين سرته الى ركبته لقوله عليه السلام عورة
الرجل ما بين سرته الى ركبته ويروى ما دون سرته حتى يجاوز ركبته فبهذا (وبهذا)
ثبت ان السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله ابو عصمة والشافعي والركبة عورة
خلافا لما قاله الشافعي والفخذ عورة خلافا لاصحاب الظواهر وما دون
السرة الى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الامام ابو بكر محمد بن الفضل الكماري (الكماري بضم الكاف والميم وبعد الالف راء نسبة الى كمار [illegible] المقصبة)
معتمدا فيه العادة لانه لا معتبر بها مع النص بخلافه وقد روى ابو هريرة رضي الله
عنه عن النبي عليه الصلوة والسلام انه قال الركبة من العورة وابدى الحسين بن علي
رضي الله عنهما سرته فقبلها ابو هريرة رضي الله عنه وقال عليه السلام لجرهد وارِ فخذك
اما علمت ان الفخذ عورة ولان الركبة ملتقى عظم الفخذ والساق فاجتمع المحرم و
المبيح وفي مثله يغلب المحرم وحكم العورة في الركبة اخف منه في الفخذ وفي الفخذ
اخف منه في السوءة حتى ان كاشف الركبة ينكر عليه برفق وكاشف الفخذ يعنف عليه (عليه م)
وكاشف السوءة يؤدب ان لج وما يباح النظر اليه للرجل من الرجل يباح المس
لانهما فيما ليس بعورة سواء قال ويجوز للمرأة ان تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل
اليه منه اذا امنت الشهوة لاستواء الرجل والمرأة في النظر الى ما ليس بعورة
كالثياب والدواب وفي كتاب الخنثى من الاصل ان نظر المرأة الى الرجل الاجنبي
بمنزلة نظر الرجل الى محارمه لان النظر الى خلاف الجنس اغلظ فان كان في قلبها
شهوة او اكبر رأيها انها تشتهي او شكت في ذلك يستحب لها ان تغض بصرها ولو كان

الناظر هو الرجل اليها وهو من جنس الصنف لم ينظر وهذا اشارة الى التحريم ووجه الفرق
ان الشهوة عليهن غالبة وهو كالمتحقق اعتبارا فاذا اشتهى الرجل كانت الشهوة موجودة
في الجانبين ولا كذلك اذا اشتهت المرأة لان الشهوة غير موجودة في جانبه حقيقة و
اعتبارا فكانت من جانب واحد والمتحقق من الجانبين في الافضاء الى المحرم اقوى
من المتحقق في جانب واحد قال وتنظر المرأة من المرأة الى ما يجوز للرجل ان ينظر اليه من الرجل
لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالبا كما في نظر الرجل الى الرجل وكذا الضرورة
قد تحققت الى الانكشاف فيما بينهن وعن ابي حنيفة ان نظر المرأة الى المرأة كنظر
الرجل الى محارمه بخلاف نظرها الى الرجل لان الرجال يحتاجون الى زيادة الانكشاف
للاشتغال بالاعمال والاصح الاول قال وينظر الرجل من امته التي تحل له وزوجته (والاول اصح م)
الى فرجها وهذا اطلاق في النظر الى سائر بدنها عن شهوة وغير شهوة والاصل فيه
قوله عليه السلام غض بصرك الا عن امتك وامرأتك ولان ما فوق ذلك من المسيس و
الغشيان مباح فالنظر اولى الا ان الاولى ان لا ينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه
لقوله عليه السلام اذا اتى احدكم اهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد العير (فليستتر)
ولان ذلك يورث النسيان لورود الاثر وكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول الاولى
ان ينظر ليكون ابلغ في تحصيل معنى اللذة قال وينظر الرجل من ذوات محارمه
الى الوجه والراس والصدر والساقين والعضدين ولا ينظر الى ظهرها وبطنها
وفخذها والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الاية والمراد
والله اعلم مواضع الزينة وهي ما ذكرنا في الكتاب ويدخل في ذلك الساعد والاذن
والعنق والقدم لان كل ذلك موضع الزينة بخلاف الظهر والفخذ والبطن لانها ليست
مواضع الزينة ولان البعض يدخل على البعض من غير استيذان وحشمة والمرأة في
بيتها في ثياب مهنتها عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع ادى الى الحرج وكذا
الرغبة تقل للحرمة المؤبدة فقلما تشتهي بخلاف ما وراءها لانها لا تنكشف عادة
والمحرم من لا يجوز المناكحة بينه وبينها على التأبيد بنسب كان او بسبب كالرضاع
والمصاهرة لوجود المعنيين فيه وسواء كانت المصاهرة بنكاح او سفاح في الاصح
لما بينا قال ولا بأس بان يمس ما جاز ان ينظر اليه منها لتحقق الحاجة الى ذلك
في المسافرة وقلة الشهوة للمحرمية بخلاف وجه الاجنبية وكفيها حيث لا يباح
المس وان ابيح النظر لان الشهوة متكاملة الا اذا كان يخاف عليها او على نفسه

الشهوة فلا ينظر ولا يمس لقوله عليه السلام العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان
تزنيان وزناهما البطش وحرمة الزنا بذوات المحارم اغلظ فيجتنب ولا بأس بالخلوة
والمسافرة بهن لقوله عليه السلام لا تسافر المراة فوق ثلثة ايام ولياليها الا ومعها زوج
او ذو رحم محرم منها وقوله عليه السلام الا لا يخلون رجل بامراة ليس منها بسبيل
فان ثالثهما الشيطان والمراد اذا لم يكن محرما فان احتاجت الى الاركاب والانزال
فلا باس بان يمسها من وراء ثيابها وياخذ ظهرها وبطنها دون ما تحتهما اذا
امنا الشهوة فان خافها على نفسه او عليها تيقنا او ظنا او شكا فليجتنب ذلك بجهده
ثم ان امكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك اصلا وان لم يمكنها يتكلف بالثياب
كيلا تصيبه حرارة عضوها وان لم يجد الثياب يدفع الشهوة عن قلبه بقدر الامكان
قال وينظر الرجل من مملوكة غيره الى ما يجوز ان ينظر اليه من ذوات محارمه لانها
تخرج لحوائج مولاها وتخدم اضيافه وهي في ثياب مهنتها فصار حالها خارج
البيت في حق الاجانب كحال المراة داخله في حق المحارم الاقارب وكان عمر رضي
الله عنه اذا راى جارية متقنعة علاها بالدرة وقال الق عنك الخمار يا دفار
اتتشبهين بالحرائر ولا يحل النظر الى بطنها وظهرها خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل
انه يباح الا ما دون السرة الى الركبة لانه لا ضرورة كما في المحارم بل اولى
لقلة الشهوة فيهن وكمالها في الاماء ولفظة المملوكة تنتظم المدبرة والمكاتبة وام الولد
لتحقق الحاجة والمستسعاة كالمكاتبة عند ابي حنيفة على ما عرف واما الخلوة بها و
المسافرة فقد قيل يباح كما في المحارم وقد قيل لا يباح لعدم الضرورة وفي الاركاب معها
والانزال اعتبر محمد في الاصل الضرورة فيهن وفي ذوات المحارم مجرد الحاجة
قال ولا باس بان يمس ذلك اذا اراد الشراء وان خاف ان يشتهي كذا ذكر في المختصر
واطلق ايضا في الجامع الصغير ولم يفصل قال مشايخنا رحمهم الله يباح النظر في هذه
الحالة وان اشتهى للضرورة ولا يباح المس اذا اشتهى او كان اكبر رايه ذلك لانه نوع استمتاع
وفي غيرحالة الشراء يباح النظر والمس بشرط عدم الشهوة قال واذا حاضت الامة
لم تعرض في ازار واحد ومعناه بلغت وهذا لما بينا ان الظهر والبطن منها عورة
وعن محمد انها اذا كانت تشتهى ويجامع مثلها فهي كالبالغة لا تعرض في ازار واحد
لوجود الاشتهاء قال والخصي في النظر الى الاجنبية كالفحل لقول عائشة رضي الله عنها
الخصي مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله ولانه فحل يجامع وكذا المجبوب لانه يسحق وينزل

وكذا

وكذا المخنث في الردي من الافعال لانه فحل فاسق والحاصل انه يؤخذ فيه بمحكم كتاب الله
المنزل فيه والطفل الصغير مستثنى بالنص قال ولا يجوز للمملوك ان ينظر من سيدته الا الى
ما يجوز للاجنبي النظر اليه منها وقال مالك هو كالمحرم وهو احد قولي الشافعي لقوله تعالى
او ما ملكت ايمانهن ولان الحاجة متحققة لدخوله عليها من غير استئذان ولنا انه أ
فحل غير محرم ولا زوج والشهوة متحققة لجواز النكاح في الجملة والحاجة قاصرة
لانه يعمل خارج البيت والمراد بالنص الاماء قال سعيد والحسن وغيرهما لا تغرنكم
سورة النور فانها في حق الاناث دون الذكور قال ويعزل عن امته بغير اذنها
ولا يعزل عن زوجته الا باذنها لانه عليه السلام نهى عن العزل عن الحرة الا باذنها
وقال لمولى امة اعزل عنها ان شئت ولان الوطء حق الحرة قضاء للشهوة و
تحصيلا للولد ولهذا تخير في الجب والعنة ولا حق للامة في الوطء فلهذا لا
ينقص حق الحرة بغير اذنها ويستبد به المولى ولو كانت تحته امة غيره فقد ذكرناه
في النكاح **فصل في الاستبراء وغيره** قال ومن اشترى جارية فانه لا يقربها
ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها والاصل فيه
قوله عليه الصلاة والسلام في سبايا اوطاس الا لا توطا الحبالى حتى يضعن حملهن ولا
الحيالى حتى يستبرئن بحيضة افاد وجوب الاستبراء على المولى ودل على السبب
في المسبية وهو استحداث الملك واليد لانه هو الموجود في مورد النص وهذا لان المسبية
الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب
عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل او توهم الشغل بماء محترم وهو ان يكون
الولد ثابت النسب ويجب على المشتري لا على البائع لان العلة الحقيقية ارادة الوطء
والمشتري هو الذي يريده دون البائع فيجب عليه غير ان الارادة امر مبطن فيدار
الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطء والتمكن انما يثبت بالملك واليد فانتصب سببا
وادير الحكم عليه تيسيرا فكان السبب استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد وتعدى الحكم
الى سائر اسباب الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك
وكذا يجب على المشتري من مال الصبي ومن المراة والمملوك وممن لا يحل له وطؤها
وكذا اذا كانت المشتراة بكرا لم توطا ولادارة الاحكام على الاسباب دون الحكم لتحقق السبب ٣
لبطونها فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل وكذا لا يجتزئ بالحيضة التي اشتراها
في اثنائها ولا بالحيضة التي حاضتها بعد الشراء او غيره من اسباب الملك قبل القبض ولا

في
لا الجزء

بالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض خلافا لابي يوسف لان السبب استحداث الملك واليد والحكم
لا يسبق السبب وكذا لا يجتزي بالحاصل قبل الاجازة في بيع الفضولي وان كانت
في يد المشتري ولا بالحاصل بعد القبض في الشراء الفاسد قبل ان يشتريها شراء صحيحا
لما قلنا ويجب في جارية للمشتري فيها شقص فاشترى الباقي لان السبب قد تم الان
والحكم يضاف الى تمام العلة ويجتزي بالحيضة التي حاضتها بعد القبض وهي مجوسية
او مكاتبة بان كاتبها بعد الشراء ثم اسلمت المجوسية او عجزت المكاتبة لوجودها بعد
السبب وهو استحداث الملك واليد اذ هو مقتضي للحل والحرمة لمانع كما في الحيض و
لا يجب الاستبراء اذا رجعت الابقة او ردت المغصوبة او المواجرة او فكت
المرهونة لانعدام السبب وهو استحداث الملك واليد وهو سبب متعين فادير الحكم عليه
وجودا وعدما ولها نظائر كثيرة كتبناها في كفاية المنتهي. واذا ثبت وجوب
الاستبراء وحرم الوطي حرم الدواعي لافضائها اليه او لاحتمال وقوعها في
غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع بخلاف الحائض حيث لا يحرم
الدواعي فيها لانه لا يحتمل الوقوع في غير الملك ولانه زمان نفرة فالاطلاق في
الدواعي لا يفضي الى الوطي والرغبة في المشتراة قبل الدخول اصدق الرغبات فتفضي
اليه ولم يذكر الدواعي في المسبية. وعن محمد انها لا تحرم لانها لا يحتمل
وقوعها في غير الملك لانه لو ظهر بها حبل لا يصح دعوة الحربي بخلاف المشتراة على
ما بينا والاستبراء في الحامل بوضع الحمل لما روينا وفي ذوات الاشهر بالشهر لانه
اقيم في حقهن مقام الحيض كما في المعتدة واذا حاضت في اثنائه بطل الاستبراء بالايام
للقدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل كما في المعتدة وان ارتفع حيضها
تركها حتى اذا تبين انها ليست بحامل وقع عليها وليس فيه تقدير في ظاهر الرواية
وقيل يتبين بشهرين او ثلثة وعن محمد اربعة اشهر وعشر وعنه شهران وخمسة ايام
اعتبارا بعدة الحرة والامة في الوفاة وعن زفر سنتان وهو رواية عن ابي حنيفة
قال ولا باس بالاحتيال لاسقاط الاستبراء عند ابي يوسف خلافا لمحمد
وقد ذكرنا الوجهين في الشفعة. والماخوذ قول ابي يوسف فيما اذا علم ان البايع
لم يقربها في طهرها ذلك وقول محمد فيما اذا قربها والحيلة اذا لم يكن تحت
المشتري حرة ان يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها ولو كانت فالحيلة ان يزوجها
البايع قبل الشراء او المشتري قبل القبض ممن يوثق به ثم يشتريها ويقبضها

او يقبضها ثم يطلق الزوج لان عند وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض
اذا لم يكن فرجها حلالا له لا يجب الاستبراء وان حل بعد ذلك لان المعتبر اوان
وجود السبب كما اذا كانت معتدة الغير. قال ولا يقرب المظاهر ولا يلمس و
لا يقبل ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يكفر لانه لما حرم الوطي الى ان يكفر
حرم الدواعي للافضاء اليه لان الاصل ان سبب الحرام حرام كما في الاعتكاف
والاحرام وفي المنكوحة اذا وطئت بشبهة بخلاف حالة الحيض والصوم لان الحيض يمتد
شطر عمرها والصوم يمتد شهرا فرضا واكثر العمر نفلا ففي المنع عنها بعض الحرج ولا
كذلك ما عددناه لقصور مددها وقد صح ان النبي عليه السلام كان يقبل وهو صائم
ويضاجع نساءه وهن حيض. قال ومن له امتان اختان فقبلهما بشهوة فانه
لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة ولا ينظر الى فرجها بشهوة
حتى يملك فرج الاخرى غيره بملك او نكاح او يعتقها. واصل هذا ان الجمع بين
الاختين المملوكتين لا يجوز وطئا لاطلاق قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين
ولا يعارض بقوله تعالى او ما ملكت ايمانكم لان الترجيح للمحرم وكذا لا يجوز الجمع بينهما في
الدواعي لاطلاق النص ولان الدواعي الى الوطي بمنزلة الوطي في التحريم على ما مهدناه
من قبل فاذا قبلهما فكانه وطئهما ولو وطئهما ليس له ان يجامع احديهما ولا ان
ياتي بالدواعي فيهما فكذا اذا قبلهما وكذا اذا مسهما بشهوة او نظر الى فرجهما بشهوة
لما بينا الا ان يملك فرج الاخرى غيره بملك او نكاح او يعتقها لانه لما حرم عليه
فرجها لم يبق جامعا وقوله بملك اراد به ملك يمين فينتظم التمليك بسائر اسبابه بيعا
او غيره وتمليك الشقص فيه كتمليك الكل لان الوطي يحرم به وكذا اعتاق البعض
من احديهما كاعتاق كلها وكذا الكتابة كالاعتاق في هذا لثبوت حرمة الوطي بالكل
وبرهن احديهما واجارتها وتدبيرها لا تحل الاخرى لانها لا تخرج بها عن ملكه
وقوله او نكاح اراد به النكاح الصحيح اما اذا زوج احديهما نكاحا فاسدا لا يجوز
له وطي الاخرى الا ان يدخل الزوج بها فيه لانه يجب العدة عليها والعدة كالنكاح
الصحيح في التحريم ولو وطي احديهما حل له وطي الموطوءة دون الاخرى لانه
يصير جامعا بوطي الاخرى لا بوطي الموطوءة وكل امراتين لا يجوز الجمع بينهما
نكاحا فيما ذكرنا بمنزلة الاختين. قال ويكره ان يقبل الرجل فم الرجل او يده
او شيئا منه او يعانقه. وذكر الطحاوي ان هذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال

أبو يوسف لا بأس بالتقبيل والمعانقة لما روي أن النبي عليه السلام عانق جعفرا حين
قدم من الحبشة وقبل بين عينيه ولهما ما روي أن النبي عليه السلام نهى عن المكامعة
وهي المعانقة وعن المكاعمة وهي التقبيل وما رواه محمول على ما قبل التحريم ثم قالوا
الخلاف في المعانقة في إزار واحد أما إذا كان عليه قميص أو جبة فلا بأس به
بالإجماع وهو الصحيح قال ولا بأس بالمصافحة لأنه هو المتوارث وقال عليه السلام
من صافح أخاه المسلم وحرك يده تناثرت ذنوبه **فصل في البيع** قال ولا بأس
ببيع السرقين ويكره بيع العذرة وقال الشافعي لا يجوز بيع السرقين أيضا لأنه نجس
العين فشابه العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ ولنا أنه منتفع به لأنه يلقى في
الأراضي لاستكثار الريع فكان مالا والمال محل للبيع بخلاف العذرة لأنه لا ينتفع به إلا
مخلوطا ويجوز بيع المخلوط هو المروي عن محمد وهو الصحيح وكذا يجوز الانتفاع
بالمخلوط لا بغيره في الصحيح والمخلوط بمنزلة زيت خالطته النجاسة قال ومن علم بجارية
أنها لرجل فرأى آخر يبيعها وقال وكلني صاحبها ببيعها فإنه يسعه أن يبتاعها
ويطأها لأنه أخبر بخبر صحيح لا منازع له وقول الواحد في المعاملات مقبول على أي وصف
كان لما مر من قبل وكذا إذا قال اشتريتها منه أو وهبها لي أو تصدق بها علي
وهذا إذا كان ثقة وكذا إذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق لأن عدالة
المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة على ما مر وإن كان أكبر رأيه أنه كاذب لم يسعه
أن يتعرض لشيء من ذلك لأن أكبر الرأي يقام مقام اليقين وكذا إذا لم يعلم أنها
لفلان ولكن أخبره صاحب اليد أنها لفلان وأنه وكله ببيعها أو اشتراها
منه والمخبر ثقة قبل قوله وإن لم يكن ثقة يعتبر أكبر الرأي لأن إخباره حجة
في حقه وإن لم يخبره صاحب اليد بشيء فإن كان عرفها للأول لم يشترها حتى يعلم
انتقالها إلى ملك الثاني لأن يد الأول دليل ملكه وإن كان لا يعرف ذلك له
أن يشتريها وإن كان ذو اليد فاسقا لأن يد الفاسق دليل الملك في حق الفاسق
والعدل ولم يعارضه معارض ولا معتبر بأكبر الرأي عند وجود الدليل الظاهر
إلا أن يكون مثله لا يملك مثل ذلك فحينئذ يستحب له أن يتنزه ومع ذلك لو اشتراها
يرجى أن يكون في سعة من ذلك لاعتماده الدليل الشرعي وإن كان الذي
أتاه بها عبدا أو أمة لم يقبلها ولم يشترها حتى يسأل لأن المملوك لا ملك له
فيعلم أن الملك فيه لغيره فإن أخبره أن مولاه أذن له وهو ثقة قبل وإن لم يكن

المخلوط م

الواحد فيه م

ثقة

ثقة يعتبر أكبر الرأي وإن لم يكن له رأي لم يشترها لقيام الحاجز فلا بد من دليل قال
ولو أن امرأة أخبرها ثقة أن زوجها الغائب مات عنها أو طلقها ثلاثا أو كان
غير ثقة وأتاها بكتاب من زوجها بالطلاق ولا تدري أنه كتابه أم لا إلا أن
يكون أكبر رأيها أنه حق يعني بعد التحري فلا بأس بأن تعتد ثم تتزوج لأن القاطع
طارئ ولا منازع لها وكذا لو قالت لرجل طلقني زوجي وانقضت عدتي فلا
بأس بأن يتزوجها وكذا إذا قالت المطلقة الثلاث انقضت عدتي وتزوجت
بزوج آخر ودخل بي الزوج الثاني ثم طلقني وانقضت عدتي فلا بأس بأن
يتزوجها الزوج الأول وكذا لو قالت جارية كنت أمة لفلان فأعتقني لأن
القاطع طارئ ولو أخبرها مخبر أن أصل النكاح كان فاسدا أو كان الزوج حين
تزوجها مرتدا أو أخاها من الرضاعة لم تقبل قوله حتى يشهد بذلك رجلان
أو رجل وامرأتان وكذا إذا أخبره مخبر أنك تزوجتها وهي مرتدة أو أختك من الرضاعة
لم يتزوج بأختها وأربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان لأنه أخبر بفساد مقارن
والإقدام على العقد يدل على صحته وإنكار فساده فيثبت المنازع بالظاهر بخلاف
ما إذا كانت المنكوحة صغيرة فأخبر الزوج أنها ارتضعت من أمه أو أخته حيث
يقبل قول الواحد فيه لأن القاطع طارئ والإقدام الأول لا يدل على انعدامه
فلم يثبت المنازع فافترقا وعلى هذا الحرف يدور الفرق ولو كانت جارية صغيرة
لا تعبر عن نفسها في يد رجل يدعي أنها له فلما كبرت لقيها رجل في بلد آخر
فقالت أنا حرة الأصل لم يسعه أن يتزوجها لتحقق المنازع وهو ذو اليد بخلاف
ما تقدم قال وإذا باع المسلم خمرا وأخذ ثمنها وعليه دين فإنه يكره لصاحب الدين
أن يأخذ منه وإن كان البائع نصرانيا فلا بأس به والفرق أن البيع في الوجه الأول
قد بطل لأن الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم فبقي الثمن على ملك المشتري فلا يحل
أخذه من البائع وفي الوجه الثاني صح البيع لأنه مال متقوم في حق الذمي فملكه
البائع فيحل الأخذ منه قال ويكره الاحتكار في أقوات الآدميين والبهائم
إذا كان ذلك في بلد يضر الاحتكار بأهله وكذلك التلقي فأما إذا كان
لا يضر فلا بأس به والأصل فيه قوله عليه السلام الجالب مرزوق والمحتكر ملعون
ولأنه تعلق به حق العامة وفي الامتناع عن البيع إبطال حقهم وتضييق الأمر عليهم
فيكره إذا كان يضر بهم ذلك بأن كانت البلدة صغيرة بخلاف ما إذا لم يضر

بأن كان المصر كبيرا لأنه حابس ملكه من غير إضرار بغيره وكذا التلقي على هذا التفصيل
لأن النبي عليه السلام نهى عن تلقي الجلب وعن تلقي الركبان قالوا هذا إذا لم يلبس
المتلقي على التجار سعر البلدة فإن لبس فهو مكروه في الوجهين لأنه غادر بهم
وتخصيص الاحتكار بالأقوات كالحنطة والشعير والتبن والقت قول أبي حنيفة
وقال أبو يوسف كل ما أضر بالعامة حبسه فهو احتكار وإن كان ذهبا أو فضة
أو ثوبا وعن محمد أنه قال لا احتكار في الثياب فأبو يوسف اعتبر حقيقة الضرر
إذ هو المؤثر في الكراهة وأبو حنيفة اعتبر الضرر المعهود المتعارف ثم المدة إذا
قصرت لا يكون احتكارا لعدم الضرر وإذا طالت يكون احتكارا مكروها لتحقق
الضرر ثم قيل هي مقدرة بأربعين يوما لقول النبي عليه السلام من احتكر طعاما أربعين
ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه وقيل بالشهر لأن ما دونه قليل عاجل و
الشهر وما فوقه كثير آجل وقد مر في غير موضع ويقع التفاوت في المأثم بين أن
يتربص العزة وبين أن يتربص القحط والعياذ بالله وقيل المدة للمعاقبة في الدنيا
أما يأثم وإن قلت المدة والحاصل أن التجارة في الطعام غير محمودة قال ومن احتكر
غلة ضيعته أو ما جلبه من بلد آخر فليس بمحتكر أما الأول فلأنه خالص حقه لم يتعلق
حق العامة ألا ترى أن له أن لا يزرع فكذلك له أن لا يبيع وأما الثاني فالمذكور
قول أبي حنيفة لأن حق العامة إنما يتعلق بما جمع في المصر وجلب إلى فنائها وقال
أبو يوسف يكره لإطلاق ما روينا وقال محمد كل ما يجلب منه إلى المصر في الغالب
فهو بمنزلة فناء المصر يحرم الاحتكار فيه لتعلق حق العامة به بخلاف ما إذا كان البلد
بعيدا لم تجر العادة بالحمل منه إلى المصر لأنه لم يتعلق به حق العامة قال ولا ينبغي للسلطان
أن يسعر على الناس لقوله عليه السلام لا تسعروا فإن الله هو المسعر القابض الباسط
الرازق ولأن الثمن حق العاقد فإليه تقديره فلا ينبغي للإمام أن يتعرض لحقه إلا إذا
تعلق به دفع ضرر العامة على ما نبين وإذا رفع إلى القاضي هذا الأمر يأمر المحتكر
ببيع ما فضل عن قوته وقوت أهله على اعتبار السعة في ذلك وينهاه عن الاحتكار
فإن رفع إليه مرة أخرى حبسه وعزره على ما يرى زجرا له ودفعا للضرر عن الناس
وإن كان أرباب الطعام يتحكمون ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا وعجز القاضي
عن صيانة حقوق المسلمين إلا بالتسعير فلا بأس به بمشورة من أهل الرأي
والبصر فإذا فعل ذلك وتعدى رجل عن ذلك وباع بأكثر منه أجازه القاضي وهذا

الملتقى

عن أنس قال قال الناس يا رسول الله غلا السعر فسعر لنا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم إن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق وإني لأرجو أن ألقى الله وليس أحد منكم يطالبني بمظلمة في دم ولا مال أخرجه أبو داود وابن ماجه والترمذي وقال حديث حسن صحيح ١٢

وهذا عند أبي حنيفة ظاهر لأنه لا يرى الحجر على الحر وكذا عندهما إلا أن يكون الحجر
على قوم بأعيانهم ومن باع منهم بما قدره الإمام صح لأنه غير مكره على البيع وهل
يبيع القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه قيل هو على الاختلاف عرف في بيع
مال المديون وقيل يبيع بالاتفاق لأن أبا حنيفة يرى الحجر لدفع ضرر عام
وهذا كذلك قال ويكره بيع السلاح في أيام الفتنة معناه ممن يعرف أنه من أهل الفتنة
لأنه تسبيب إلى المعصية وقد بيناه في السير وإن كان لا يعرف أنه من أهل الفتنة
لا بأس بذلك لأنه يحتمل أن لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك قال ولا بأس
ببيع العصير ممن يعلم أنه يتخذه خمرا لأن المعصية لا تقام بعينه بل بعد تغيره بخلاف بيع السلاح
في أيام الفتنة لأن المعصية تقوم بعينه قال ومن آجر بيتا ليتخذ فيه بيت نار أو كنيسة
أو بيعة أو يباع فيه الخمر بالسواد فلا بأس به وهذا عند أبي حنيفة وقالا لا ينبغي
أن يكريه لشيء من ذلك لأنه إعانة على المعصية وله أن الإجارة ترد على منفعة
البيت ولهذا تجب الأجرة بمجرد التسليم ولا معصية فيه وإنما المعصية بفعل المستأجر
وهو مختار فيه فقطع نسبته عنه وإنما قيده بالسواد لأنهم لا يمكنون من اتخاذ البيع
والكنائس وإظهار بيع الخمور والخنازير في الأمصار لظهور شعائر الإسلام
فيها بخلاف السواد قالوا هذا كان في سواد الكوفة لأن غالب أهلها أهل الذمة
فأما في سوادنا فأعلام الإسلام فيها ظاهرة فلا يمكنون فيها أيضا وهو الأصح
قال ومن حمل لذمي خمرا فإنه يطيب له الأجر عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يكره
له ذلك لأنه إعانة على المعصية وقد صح أن النبي عليه السلام لعن في الخمر عشرا حاملها
والمحمول إليه وله أن المعصية في شربها وهو فعل فاعل مختار وليس الشرب من ضرورات
الحمل ولا يقصد به والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية قال ولا بأس
ببيع بناء بيوت مكة ويكره بيع أرضها وهذا عند أبي حنيفة وقالا لا بأس ببيع
أرضها أيضا وهو رواية عن أبي حنيفة لأنها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي
بها فصار كالبناء ولأبي حنيفة قوله عليه السلام ألا إن مكة حرام لا تباع رباعها ولا
تورث ولأنها حرة محترمة لأنها فناء الكعبة وقد ظهر أثر التعظيم فيها حتى لا ينفر
صيدها ولا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها فكذا في حق البيع بخلاف البناء لأنه
خالص ملك الباني ويكره إجارتها أيضا لقوله عليه السلام من آجر أرض مكة فكأنما
أكل الربا ولأن أراضي مكة تسمى السوائب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم

بعينه م

مختار م

من احتاج اليها سكنها ومن يستغني عنها اسكن غيره ومن وضع درهما عند بقال يأخذ
منه ما شاء يكره له ذلك لانه ملكه قرضا وجر به نفعا وهو ان يأخذ منه ما شاء حالا
فحالا وقد نهى رسول الله عليه الصلوة والسلام عن قرض جر نفعا وينبغي ان يستودعه ثم
يأخذ منه ما شاء جزءا فجزءا لانه وديعة وليس بقرض حتى لو هلك لا شيء على الآخذ

مسائل متفرقة قال ويكره التعشير والنقط في المصحف لقول ابن مسعود رضي الله عنه
جردوا القرآن ويروى جردوا المصاحف وفي التعشير والنقط ترك التجريد ولان
التعشير يخل بحفظ الآي والنقط بحفظ الاعراب اتكالا عليه فيكره قالوا في زماننا
لا بد للعجم من دلالة فترك ذلك اخلال بالحفظ وهجران القرآن فيكون حسنا
قال ولا بأس بتحلية المصحف لما فيه من تعظيمه وصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب
وقد ذكرناه من قبل قال ولا بأس بان يدخل اهل الذمة المسجد الحرام وقال الشافعي
يكره ذلك وقال مالك يكره في كل مسجد للشافعي قوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا
المسجد الحرام بعد عامهم هذا ولان الكافر لا يخلو عن جنابة لانه لا يغتسل اغتسالا
يخرجه عنها والجنب يجنب المسجد وبهذا يحتج مالك والتعليل بالنجاسة عام فينتظم
المساجد كلها ولنا ما روي ان النبي عليه الصلاة والسلام انزل وفد ثقيف في مسجده وهم
كفار ولان الخبث في اعتقادهم فلا يؤدي الى تلويث المسجد والآية محمولة على الحضور
استيلاء واستعلاء او طائفين عراة كما كانت عادتهم في الجاهلية قال ويكره
استخدام الخصيان لان الرغبة في استخدامهم حث الناس على هذا الصنيع وهو مثلة
محرمة قال ولا بأس بخصاء البهائم وانزاء الحمير على الخيل لان في الاول منفعة
البهيمة والناس وقد صح ان النبي عليه السلام ركب البغلة فلو كان هذا الفعل حراما لما ركبها
لما فيه من فتح بابه قال ولا بأس بعيادة اليهودي والنصراني لانه نوع بر في حقهم وما
نهينا عن ذلك وقد صح ان النبي صلى الله تعالى عليه وسلم عاد يهوديا مرض بجواره قال ويكره
ان يقول الرجل في دعائه اسألك بمعقد العز من عرشك وللمسئلة عبارتان هذه ومقعد
العز ولا ريب في كراهة الثانية لانه من القعود وكذا الاولى لانه يوهم تعلق عزه
بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم وعن ابي يوسف انه لا بأس به وبه
اخذ الفقيه ابو الليث لانه مأثور عن النبي عليه السلام روي انه كان من دعائه اللهم
اني اسألك بمعقد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الاعظم وجدك
الاعلى وكلماتك التامة ولكنا نقول هذا خبر الواحد فكان الاحتياط في الامتناع

كله م

الصواب بخصاء البهائم

ويكره

ويكره ان يقول في دعائه بحق فلان او بحق انبيائك ورسلك لانه لا حق للمخلوق على
الخالق قال ويكره اللعب بالشطرنج والنرد والاربعة عشر وكل لهو لانه ان قامر بها
فالميسر حرام بالنص وهو اسم لكل قمار وان لم يقامر فهو عبث ولهو وقال عليه
السلام لهو المؤمن باطل الا الثلاث تأديبه لفرسه ومناضلته عن قوسه وملاعبته
مع اهله وقال بعض الناس يباح اللعب بالشطرنج لما فيه من تشحيذ الخواطر وتذكية
الافهام وهو محكي عن الشافعي ولنا قوله عليه السلام من لعب بالشطرنج والنردشير
فكانما غمس يده في دم الخنزير ولانه نوع لعب يصد عن ذكر الله وعن الجمع و
الجماعات فيكون حراما لقوله عليه السلام ما الهاك عن ذكر الله فهو ميسر ثم ان قامر به
تسقط عدالته وان لم يقامر لا تسقط لانه متأول فيه وكره ابو يوسف ومحمد التسليم
عليهم تحذيرا لهم ولم ير ابو حنيفة به بأسا ليشغلهم عما هم فيه قال ولا بأس بقبول
هدية العبد التاجر واجابة دعوته واستعارة دابته وتكره كسوته الثوب وهديته
الدراهم والدنانير وهذا استحسان وفي القياس كل ذلك باطل لانه تبرع والعبد
ليس من اهله وجه الاستحسان ان النبي عليه الصلاة والسلام قبل هدية سلمان رضي الله عنه
حين كان عبدا وقبل هدية بريرة رضي الله عنها وكانت مكاتبة واجاب رهط
من الصحابة رضي الله عنهم دعوة مولى ابي اسيد وكان عبدا ولان في هذه الاشياء
ضرورة لا يجد التاجر بدا منها ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته ولا ضرورة
في الكسوة واهداء الدراهم فبقي على اصل القياس قال ومن كان في يده لقيط
لا اب له فانه يجوز قبضه الهبة والصدقة له واصل هذا ان التصرف على الصغار
انواع ثلثة نوع هو من باب الولاية لا يملكه الا من هو ولي كالانكاح والشراء
والبيع لاموال القنية لان الولي هو الذي قام مقامه بانابة الشرع ونوع اخر
ما كان من ضرورة حال الصغار وهو شراء ما لا بد للصغير منه وبيعه واجارة
الصغار وذلك جائز ممن يعوله وينفق عليه كالاخ والعم والام والملتقط
اذا كان في حجرهم واذا ملك هؤلاء هذا النوع فالولي احق به الا انه لا يشترط
في حق الولي ان يكون الصبي في حجره ونوع ثالث ما هو نفع محض كقبول الهبة
والصدقة والقبض فهذا يملكه الملتقط والاخ والعم والصبي بنفسه اذا كان عاقلا
لان اللائق بالحكمة فتح باب مثله نظرا للصبي فيملك بالعقل والولاية والحجر كما
بمنزلة الانفاق قال ولا يجوز للملتقط ان يؤاجره ويجوز للام ان تؤاجر ابنها

اذا كان في حجرها ولا يجوز للعم لان الام تملك اتلاف منافعه باستخدام ولا كذلك
الملتقط والعم ولو آجر الصبي نفسه لا يجوز لانه مشوب بالضرر الا اذا فرغ من العمل
لان عند ذلك تمحض نفعا فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور يؤاجر نفسه وقد
ذكرناه قال ويكره ان يجعل الرجل في عنق عبده الراية ويروى الداية وهو الطوق
الحديد الذي يمنعه من ان يحرك رأسه وهو معتاد بين الظلمة لانه عقوبة اهل النار
فيكره كالاحراق بالنار قال ولا يكره ان يقيده لانه سنة المسلمين في السفهاء
واهل الدعارة فلا يكره في العبد تحرزا عن اباقه وصيانة لماله قال ولا بأس
بالحقنة يريد به التداوي لان التداوي مباح بالاجماع وقد ورد باباحته الحديث
ولا فرق بين الرجال والنساء الا انه لا ينبغي ان يستعمل المحرم كالخمر ونحوها
لان الاستشفاء بالمحرم حرام قال ولا بأس برزق القاضي لانه عليه السلام
بعث عتاب بن اسيد الى مكة وفرض له وبعث عليا رضي الله عنه الى اليمن وفرض له
ولانه محبوس بحق المسلمين فتكون نفقته في مالهم وهو مال بيت المال وهذا لان الحبس
من اسباب النفقة كما في الوصي والمضارب اذا سافر بمال المضاربة وهذا فيما يكون
كفاية فان كان شرطا فهو حرام لانه استيجار على الطاعة اذ القضاء طاعة
بل هو افضلها ثم القاضي اذا كان فقيرا فالافضل بل الواجب الاخذ لانه
لا يمكنه اقامة فرض القضاء الا به اذ الاشتغال بالكسب يقعده عن اقامته وان
كان غنيا فالافضل الامتناع على ما قيل رفقا ببيت المال وقيل الاخذ وهو الاصح
صيانة للقضاء عن الهوان ونظرا لمن يولى بعده من المحتاجين لانه اذا انقطع زمانا
يتعذر اعادته ثم تسميته رزقا يدل على انه بقدر الكفاية وقد جرى الرسم باعطائه
في اول السنة لان الخراج يؤخذ في اول السنة وهو يعطى منه وفي زماننا الخراج يؤخذ
في آخر السنة والماخوذ من الخراج خراج السنة الماضية وهو الصحيح ولو استوفى رزق
سنة وعزل قبل استكمالها قيل هو على اختلاف معروف في نفقة المرأة اذا ماتت
في السنة بعد تعجيل نفقة السنة والصحيح انه يجب الرد قال ولا بأس بان تسافر الامة
وام الولد بغير محرم لان الاجانب في حق الاماء فيما يرجع الى النظر والمس بمنزلة
المحارم على ما ذكرنا وام الولد امة لقيام الملك فيها وان امتنع بيعها والله اعلم

كتاب احياء الموات

قال الموات ما لا ينتفع به من الاراضي لانقطاع
الماء عنه او لغلبة الماء عليه او ما اشبه ذلك مما يمنع الزراعة سمي بذلك لبطلان

يكره ان

من قبل

الراية ما تراه غير غل يجعل في عنقه علامة يعلم بها انه ابق واما الداية بالدال فغلط كذا في المغرب قالوا انما كان ذلك في زمانهم عند غلبة الاباق واما في زماننا فلا بأس به لغلبة الاباق خصوصا في الهنود كذا ذكره الامام قاضيخان

الانتفاع به قال فما كان منها عاديا لا مالك له او كان مملوكا في الاسلام لا يعرف
له مالك بعينه وهو بعيد من القرية بحيث لو وقف انسان من اقصى العامر فصاح
لا يسمع الصوت فيه فهو موات قال رضي الله عنه هكذا ذكره القدوري ومعنى العادي
ما قدم خرابه والمروي عن محمد انه يشترط ان لا يكون مملوكا لمسلم او ذمي مع
انقطاع الارتفاق بها لتكون ميتة مطلقا فاما التي هي مملوكة لمسلم او ذمي لا تكون
مواتا واذا لم يعرف مالكه يكون لجماعة المسلمين ولو ظهر له مالك يرد عليه ويضمن
الزارع نقصانها والبعد عن القرية على ما قال شرطه ابو يوسف لان الظاهر ان ما
يكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق اهلها عنه فيدار الحكم عليه ومحمد اعتبر انقطاع
ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا من القرية كذا ذكره الامام المعروف
بخواهر زاده وشمس الائمة السرخسي اعتمد على ما اختاره ابو يوسف ثم من احياه باذن الامام
ملكه وان احياه بغير اذنه لم يملكه عند ابي حنيفة وقالا يملكه لقوله عليه السلام من احيى
ارضا ميتة فهي له ولانه مال مباح سبقت يده اليه فيملكه كما في الحطب والصيد
ولابي حنيفة قوله عليه السلام ليس للمرء الا ما طابت نفس امامه به وما رويناه يحتمل
انه اذن لقوم لا نصب لشرع ولانه مغنوم لوصوله الى يد المسلمين بايجاف الخيل و
الركاب فليس لاحد ان يختص به بدون اذن الامام كما في سائر الغنائم ويجب فيه
العشر لان ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز الا اذا سقاه بماء الخراج لانه
حينئذ يكون ابقاء الخراج على اعتبار الماء فلو احياها ثم تركها فزرعها غيره فقد
قيل الثاني احق بها لان الاول ملك استغلالها لا رقبتها فاذا تركها كان الثاني
احق بها والاصح ان الاول ينزعها من الثاني لانه ملكها بالاحياء كما نطق به
الحديث اذ الاضافة فيه بلام التمليك وملكه لا يزول بالترك ومن احيى ارضا
ميتة ثم احاط الاحياء بجوانبها الاربعة من اربعة نفر على التعاقب فعن محمد ان
طريق الاول في الارض الرابعة لتعينها لتطرقه وقصد الرابع ابطال حقه قال
ويملكها الذمي بالاحياء كما يملكها المسلم لان الاحياء سبب الملك الا ان عند
ابي حنيفة اذن الامام من شرطه فيستويان كما في سائر اسباب الملك حتى الاستيلاء
على اصلنا قال ومن حجر ارضا ولم يعمرها ثلاث سنين اخذها الامام ودفعها الى
غيره لان الدفع كان الى الاول ليعمرها فيحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر والخراج
فاذا لم يحصل يدفعها الى غيره تحصيلا للمقصود ولان التحجير ليس باحياء ليملكه به

انقطاع

يملكه

فيه

لان الاحياء انما هو العمارة والتحجير الاعلام سمي به لانهم كانوا يعلمونه بوضع الاحجار
حوله او يعلمونه لحجر غيرهم عن احيائه فبقي غير مملوك كما كان هو الصحيح وانما شرط ترك
ثلث سنين لقول عمر رضي الله عنه ليس لمتحجر بعد ثلث سنين حق ولانه اذا اعلمه لا بد
من زمان يرجع فيه الى وطنه وزمان يهيئ اموره فيه ثم زمان يرجع فيه الى ما يحجره
فقدرناه بثلث سنين لان ما دونها من الساعات والايام والشهور لا يفي بذلك
واذا لم يحضر بعد انقضائها فالظاهر انه تركها قالوا هذا كله ديانة فاما اذا
احياها غيره قبل مضي هذه المدة ملكها لتحقق الاحياء منه دون الاول فصار
كالاستيام فانه يكره ولو فعل يجوز العقد ثم التحجير قد يكون بغير الحجر بان غرز حولها
اغصانا يابسة او نقى الارض واحرق ما فيها من الشوك او حصد ما فيها من الحشيش
او الشوك وجعلها حولها وجعل التراب عليها من غير ان يتم المسناة ليمنع الناس من
الدخول او حفر من بئر ذراعا او ذراعين وفي الاخير ورد الخبر ولو كربها
وسقاها فعن محمد انه احياء ولو فعل احدهما يكون تحجيرا ولو حفر انهارها ولم
يسقها يكون تحجيرا وان سقاها مع حفر الانهار كان احياء لوجود الفعلين ولو
حوطها وسنمها بحيث يعصم الماء يكون احياء لانه من جملة البناء وكذا اذا بذرها
قال ولا يجوز احياء ما قرب من العامر ويترك مرعى لاهل القرية ومطرحا لحصائدهم
لتحقق حاجتهم اليها حقيقة او دليلا على ما بيناه فلا يكون مواتا لتعلق حقهم بها
بمنزلة الطريق والنهر وعلى هذا قالوا لا يجوز ان يقطع الامام ما لا غنى بالمسلمين
عنه كالملح والآبار التي يستقي الناس منها لما ذكرنا قال ومن حفر بئرا في برية فله حريمها
معناه اذا حفر في ارض موات باذن الامام عنده او باذنه وبغير اذنه عندهما لان
حفر البئر احياء قال فان كانت للعطن فحريمها اربعون ذراعا لقوله عليه السلام من حفر
بئرا فله مما حولها اربعون ذراعا عطنا لماشيته ثم قيل الاربعون من كل الجوانب
والصحيح انه من كل جانب لان في الاراضي رخوة ويتحول الماء الى ما حفر دونها
وان كانت للناضح فحريمها ستون ذراعا وهذا عندهما وعند ابي حنيفة اربعون
ذراعا لهما قوله عليه السلام حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن اربعون ذراعا
وحريم بئر الناضح ستون ذراعا ولانه يحتاج فيه الى ان يسير دابته للاستقاء
وقد يطول الرشاء وبئر العطن للاستقاء منه بيده فقلت الحاجة فلا بد من
التفاوت وله ما رويناه من غير فصل والعام المتفق على قبوله والعمل به اولى عنده

من الخاص

من الخاص المختلف في قبوله والعمل به ولان القياس يأبى استحقاق الحريم لان عمله في
في موضع الحفر والاستحقاق به ففيما اتفق عليه الحديثان تركناه وفيما تعارضا
فيه حفظناه ولانه قد يستقي من بئر العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد
فاستوت الحاجة فيهما ويمكنه ان يدير البعير حول البئر فلا يحتاج الى زيادة
مسافة قال وان كانت عينا فحريمها خمسمائة ذراع لما روينا ولان الحاجة فيه
الى زيادة مسافة لان العين تستخرج للزراعة فلا بد من موضع يجري فيه الماء
ومن حوض يجتمع فيه الماء ومن موضع يجري فيه الماء الى المزرعة فلهذا يقدر
بالزيادة والتقدير بخمسمائة بالتوقيف والاصح انه خمسمائة ذراع من كل جانب كما
ذكرنا في العطن والذراع هي المكسرة وقد بيناه من قبل وقيل ان التقدير في
العين والبئر بما ذكرناه في اراضيهم لصلابتها وفي اراضينا رخاوة فيزاد
كيلا يتحول الماء الى الثاني فيتعطل الاول قال فمن اراد ان يحفر في حريمها منع منه
كيلا يؤدي الى تفويت حقه والاخلال به وهذا لانه بالحفر ملك الحريم ضرورة
تمكنه من الانتفاع به فليس لغيره ان يتصرف في ملكه فان احتفر آخر بئرا في حريم
الاولى للاول ان يصلحه ويكبسه تبرعا ولو اراد اخذ الثاني فيه قيل يأخذه بكبسه
لان ازالة جناية حفره به كما في الكناسة يلقيها في دار غيره فانه يؤخذ برفعها
وقيل يضمنه النقصان ثم يكبسه بنفسه كما اذا هدم جدار غيره وهذا هو الصحيح ذكره
في ادب القاضي للخصاف وذكر طريق معرفة النقصان وما عطب في الاولى
فلا ضمان فيه لانه غير متعد ان كان باذن الامام فظاهر وكذا اذا كان بغير
اذنه عندهما والعذر لابي حنيفة انه يجعل الحفر تحجيرا وهو بسبيل منه بغير اذن
الامام وان كان لا يملكه بدونه وما عطب في الثانية ففيه الضمان لانه متعد فيه
حيث حفر في ملك غيره وان حفر الثاني بئرا وراء حريم الاولى فذهب ماء البئر الاولى
لا شيء عليه لانه غير متعد في حفرها وللثاني الحريم من الجوانب الثلثة دون جانب
الاول لسبق ملك الحافر الاول فيه والقناة لها حريم بقدر ما يصلحها وعن
محمد انه بمنزلة البئر في استحقاق الحريم وقيل هو عندهما وعنده لا حريم لها ما لم
يظهر الماء لانه نهر في التحقيق فيعتبر بالنهر الظاهر قالوا وعند ظهور الماء على
الارض هو بمنزلة عين فوارة فيقدر حريمه بخمسمائة ذراع والشجرة تغرس في
ارض موات لها حريم ايضا حتى لم يكن لغيره ان يغرس شجرا في حريمها لانه يحتاج

بالتوقيف

القناة كاريز

الحريم له يجذ ثمره ويضعه فيه وهو مقدر بخمسة اذرع به ورد الحديث قال وما ترك
الفرات اودجلة وعدل عنه الماء ويجوز عوده اليه لم يجز احياؤه لحاجة العامة
الى كونه نهرا وان كان لا يجوز ان يعود اليه فهو كالموات اذا لم يكن حريما لعامر لانه
ليس في ملك احد لان قهر الماء يدفع قهر غيره وهو اليوم في يد الامام قال ومن كان له
نهر في ارض غيره فليس له حريم عند ابي حنيفة الا ان يقيم بينة على ذلك وقالا له
مسناة النهر يمشي عليها ويلقي عليها طينه قيل هذه المسئلة بناء على ان من احيى
نهرا في ارض موات باذن الامام لا يستحق الحريم عنده وعندهما يستحقه لان النهر
لا ينتفع به الا بالحريم لحاجته الى المشي لتسييل الماء ولا يمكنه المشي عادة في بطن النهر
والى القاء الطين ولا يمكنه النقل الى مكان بعيد الا بحرج فيكون له الحريم اعتبارا
بالبئر وله ان القياس يأباه على ما ذكرناه وفي البئر عرفناه بالاثر والحاجة الى الحريم
فيه فوقها اليه في النهر لان الانتفاع بالماء في النهر ممكن بدون الحريم ولا يمكن في
البئر الا بالاستقاء ولا استقاء الا بالحريم فتعذر الالحاق ووجه البناء ان
باستحقاق الحريم تثبت اليد عليه اعتبارا تبعا للنهر والقول لصاحب اليد وبعدم استحقاقه
تنعدم اليد والظاهر يشهد لصاحب الارض على ما نذكره ان شاء الله تعالى وان كانت
مسئلة مبتداة فلهما ان الحريم في يد صاحب النهر باستمساكه الماء به ولهذا لا يملك
صاحب الارض نقضه وله انه اشبه بالارض صورة ومعنى صورة لاستوائهما
ومعنى من حيث صلاحيته للغرس والزراعة والظاهر شاهد لمن في يده ما هو اشبه به
كاثنين تنازعا في مصراع باب ليس في يدهما والمصراع الآخر معلق على باب احدهما
يقضى للذي في يده ما هو اشبه بالمتنازع فيه والقضاء في موضع الخلاف قضاء ترك
ولا نزاع فيما به استمساك الماء انما النزاع فيما وراءه مما يصلح للغرس على انه ان
كان مستمسكا به ماء نهره فالآخر دافع به الماء عن ارضه والمانع من نقضه تعلق
حق صاحب النهر لا ملكه كالحائط لرجل ولآخر عليه جذوع لا يتمكن من نقضه
وان كان ملكه وفي الجامع الصغير نهر لرجل الى جنبه مسناة ولآخر خلف المسناة
ارض تلزقها وليست المسناة في يد احدهما فهي لصاحب الارض عند ابي حنيفة
وقالا هي لصاحب النهر حريما لملقى طينه وغير ذلك وقوله وليست المسناة في يد
احدهما معناه ليس لاحدهما عليه غرس ولا طين ملقى فينكشف بهذا اللفظ موضع
الخلاف اما اذا كان لاحدهما عليه ذلك فصاحب الشغل اولى لانه صاحب يد ولو

ولو كان عليه غرس لا يدرى من غرسه فهو من مواضع الخلاف ايضا وثمرة الخلاف
ان ولاية الغرس لصاحب الارض عنده وعندهما لصاحب النهر واما القاء الطين
فقد قيل انه على الخلاف وقيل ان لصاحب النهر ذلك ما لم يفحش واما المرور فقد قيل
يمنع صاحب النهر عنه وقيل لا يمنع للضرورة قال الفقيه ابو جعفر آخذ بقوله في
الغرس وبقولهما في القاء الطين ثم عن ابي يوسف ان حريمه مقدار نصف بطن النهر
من كل جانب وعن محمد مقدار بطن النهر من كل جانب وهذا ارفق بالناس والله اعلم

فصول في مسائل الشرب

فصل في المياه

واذا كان لرجل نهر او بئر
او قناة فليس له ان يمنع شيئا من الشفة والشفة الشرب لبني آدم والبهائم
اعلم ان المياه انواع منها ماء البحار ولكل واحد من الناس فيها حق الشفة
وسقي الاراضي حتى ان من اراد ان يكري نهرا منها الى ارضه لم يمنع من ذلك
والانتفاع بماء البحر كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء فلا يمنع من الانتفاع به
على اي وجه شاء والثاني ماء الاودية العظام كجيحون وسيحون ودجلة و
الفرات للناس فيه حق الشفة على الاطلاق وحق سقي الاراضي فان احيى واحد
ارضا ميتة وكرى منه نهرا ليسقيها ان كان لا يضر بالعامة ولا يكون النهر في ملك
احد جاز لانها مباحة في الاصل اذ قهر الماء يدفع قهر غيره وان كان يضر بالعامة
فليس له ذلك لان دفع الضرر عنهم واجب وذلك في ان يميل الماء الى هذا
الجانب اذا انكسرت ضفته فيغرق القرى والاراضي وعلى هذا نصب الرحى عليه
لان شق النهر للرحى كشقه للسقي والثالث اذا دخل الماء في المقاسم فحق
الشفة ثابت والاصل فيه قوله عليه السلام الناس شركاء في ثلث في الماء و
الكلأ والنار وانه ينتظم الشرب والشرب خص منه الاول وبقي الثاني وهي
الشفة ولان البئر ونحوها ما وضع للاحراز ولا يملك المباح بدونه كالظبي
اذا تكنس في ارضه ولان في ابقاء الشفة ضرورة لان الانسان لا يمكنه
استصحاب الماء الى كل مكان وهو محتاج اليه لنفسه وظهره فلو منع عنه افضى
الى حرج عظيم وان اراد رجل ان يسقي بذلك ارضا احياها كان لاهل النهر ان
يمنعوه عنه اضر بهم او لم يضر لانه حق خاص لهم ولا ضرورة ولانا لو ابحنا
ذلك لانقطعت منفعة الشرب والرابع الماء المحرز في الاواني وانه صار
مملوكا له بالاحراز وانقطع حق غيره عنه كما في الصيد الماخوذ الا انه بقيت فيه

شبهة الشركة نظرا الى الدليل وهو ما روينا حتى لو سرقه انسان في موضع يعز وجوده
وهو يساوي نصابا لم تقطع يده ولو كان البئر او العين او الحوض او النهر في
ملك رجل له ان يمنع من يريد الشفة من الدخول في ملكه اذا كان يجد ماء
آخر بقرب من هذا الماء في غير ملك احد وان كان لا يجد يقال لصاحب النهر
اما ان تعطيه الشفة او تتركه حتى يأخذ بنفسه بشرط ان لا يكسر ضفته وهذا
عن الطحاوي وقيل ما قاله صحيح فيما اذا احتفر في ارض مملوكة له اما اذا احتفر
في ارض موات فليس له ان يمنعه لان الموات كان مشتركا والحفر لاحياء حق مشترك
فلا يقطع الشركة في الشفة ولو منعه عن ذلك وهو يخاف على نفسه وظهره من
العطش له ان يقاتله بالسلاح لانه قصد اتلافه بمنع حقه وهو الشفة والماء في البئر
مباح غير مملوك بخلاف الماء المحرز في الاناء حيث يقاتله بغير السلاح لانه قد ملكه
وكذا الطعام عند اصابة المخمصة وقيل في البئر ونحوها الاولى ان يقاتله بغير سلاح
بعصا لانه ارتكب معصية فقام ذلك مقام التعزير له والشفة اذا كان يأتي على الماء
كله بان كان جدولا صغيرا وفيما يرد من الابل والمواشي كثرة ينقطع الماء بشربها
قيل لا يمنع منه لان الابل لا ترده في كل وقت فصار كالمياومة وهو سبيل بسبيل
في قسمة الشرب وقيل له ان يمنع اعتبارا بسقي المزارع والمشاجر والجامع تفويت حقه
ولهم ان يأخذوا الماء منه للوضوء وغسل الثياب في الصحيح لان الامر بالوضوء
والغسل فيه كما قيل يؤدي الى الحرج وهو مدفوع وان اراد ان يسقي شجرا او خضرا
في داره حملا بجراره له ذلك في الاصح لان الناس يتوسعون فيه ويعدون المنع لعدم المشاحة
من الدناءة وليس له ان يسقي ارضه ونخله وشجره من نهر هذا الرجل وبئره
وقناته الا باذنه نصا وله ان يمنع من ذلك لان الماء متى دخل في المقاسم انقطعت
شركة الشرب بواحدة لان في ابقائه قطع شرب صاحبه ولان المسيل حق صاحب النهر و
الضفة تعلق بها حقه فلا يمكنه التسييل فيه ولا شق الضفة فان اذن له صاحبه
في ذلك او اعاره فلا بأس به لانه حقه ويجري فيه الاباحة كالماء المحرز في
اناء **فصل في كري الانهار** الانهار ثلثة نهر غير مملوك لاحد ولم يدخل ماؤه
في المقاسم بعد كالفرات ونحوه ونهر مملوك دخل ماؤه تحت القسمة الا انه عام
ونهر مملوك دخل ماؤه في القسمة وهو خاص والفاصل بينهما استحقاق الشفعة به
وعدمه فالاول مؤنته كريه على السلطان من بيت مال المسلمين لان منفعة الكري لهم

فيكون مؤنته عليهم ويصرف اليه من مؤنة الخراج والجزية دون العشور والصدقات
لان الثاني للفقراء والاول للنوائب فان لم يكن في بيت المال شيء فالامام يجبر
الناس على كريه احياء لمصلحة العامة اذ هم لا يقيمونها بانفسهم وفي مثله قال عمر
رضي الله عنه لو تركتم لبعتم اولادكم الا انه يخرج له من كان يطيقه ويجعل مؤنته
على المياسير الذين لا يطيقونه بانفسهم واما الثاني فكريه على اهله لا على بيت المال
لان الحق لهم والمنفعة تعود اليهم على الخصوص والخلوص ومن ابى منهم يجبر على كريه
دفعا للضرر العام وهو ضرر بقية الشركاء وضرر الآبي خاص ويقابله عوض فلا
يعارض به ولو ارادوا ان يحصنوه خيفة الانبثاق وفيه ضرر عام كغرق الاراضي
وفساد الطرق يجبر الآبي والا فلا لانه موهوم بخلاف الكري لانه معلوم واما
الثالث وهو الخاص من كل وجه فكريه على اهله لما بينا ثم قيل يجبر الآبي كما في الاول
وقيل لا يجبر لان كل واحد من الضررين خاص ويمكن دفعه عنهم بالرجوع على الآبي
بما انفقوا فيه اذا كان بامر القاضي فاستوت الجنبتان بخلاف ما تقدم ولا يجبر
لحق الشفة كما اذا امتنعوا جميعا ومؤنة كري النهر المشترك عليهم من اعلاه فاذا
جاوز ارض رجل رفع عنه وهذا عند ابي حنيفة وقالا هي عليهم جميعا من اوله الى آخره
بحصص الشرب والاراضي لان لصاحب الاعلى حقا في الاسفل لاحتياجه الى تسييل
ما فضل من الماء فيه وله ان المقصود من الكري الانتفاع بالسقي وقد حصل لصاحب
الاعلى فلا يلزمه انتفاع غيره وليس على صاحب المسيل عمارته كما اذا كان له مسيل
على سطح غيره كيف وانه يمكنه دفع الماء عن ارضه بسده من اعلاه ثم انما يرفع عنه
اذا جاوز ارضه كما ذكرنا وقيل اذا جاوز فوهة نهره وهو مروي عن محمد والاول
اصح لان له رأيا في اتخاذ الفوهة من اعلاه واسفله فاذا جاوز الكري ارضه حتى سقطت
عنه مؤنته قيل له ان يفتح الماء ليسقي ارضه لانتهاء الكري في حقه وقيل ليس له ذلك
ما لم يفرغ شركاؤه نفيا لاختصاصه وليس على اهل الشفة من الكري شيء لانهم
لا يحصون ولانهم اتباع **فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه** قال
ويصح دعوى الشرب بغير ارض استحسانا لانه قد يملك بدون الارض ارثا وقد يبيع
الارض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فيصح فيه الدعوى واذا كان نهر لرجل
يجري في ارض غيره فاراد صاحب الارض ان لا يجري النهر في ارضه ترك على حاله لانه
مستعمل له باجراء مائه فعند الاختلاف يكون القول قوله فان لم يكن في يده ف

الانبثاق الانفجار ١٢

الصواب نفع غيره لان الانتفاع في معنى النفع غير مسموع ١٢

ارضه م

لم يكن جاريا فعليه البينة ان هذا النهر له او انه قد كان له مجراه في هذا النهر يسوقه
الى ارضه ليسقيها فيقضي له لاثباته بالحجة ملكا له او حقا مستحقا فيه وعلى هذا
المصب في نهر او على سطح او الميزاب او الممشى في دار غيره فحكم الاختلاف فيها نظيره
في الشرب واذا كان نهر بين قوم واختصموا في الشرب كان الشرب بينهم على قدر
اراضيهم لان المقصود الانتفاع بسقيها فيتقدر بقدره بخلاف الطريق لان
المقصود التطرق وهو في الدار الواسعة والضيقة على نمط واحد فان كان
الاعلى منهم لا يشرب حتى يسكر النهر لم يكن له ذلك لما فيه من ابطال حق الباقين
ولكنه يشرب بحصته فان تراضوا على ان يسكر الاعلى النهر حتى يشرب بحصته او
اصطلحوا على ان يسكر كل رجل منهم في نوبته جاز لان الحق لهم الا انه اذا تمكن من ذلك
بلوح لا يسكر بما ينكبس به النهر من غير تراض لكونه اضرارا بهم وليس لاحد منهم ان يكري
منه نهرا او ينصب عليه رحى ماء الا برضاء اصحابه لان فيه كسر ضفة النهر وشغل
موضع مشترك بالبناء الا ان يكون رحى لا يضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها
في ارض صاحبها لانه تصرف في ملك نفسه ولا ضرر في حق غيره ومعنى الضرر بالنهر
ما بيناه من كسر ضفته وبالماء ان يتغير عن سننه الذي كان يجري عليه والدالية
والسانية نظير الرحى ولا يتخذ عليه جسرا ولا قنطرة بمنزلة طريق خاص بين قوم
بخلاف ما اذا كان لواحد نهر خاص يأخذ من نهر خاص بين قوم فاراد ان يقنطر
عليه ويستوثق منه له ذلك او كان مقنطرا مستوثقا فاراد ان ينقض ذلك و
لا يزيد ذلك في اخذ الماء حيث يكون له ذلك لانه يتصرف في خالص ملكه وضعا
ورفعا ولا ضرر بالشركاء باخذ زيادة الماء ويمنع من ان يوسع فم النهر لانه
يكسر ضفة النهر ويزيد على مقدار حقه في اخذ الماء وكذا اذا كانت القسمة
بالكوى وكذا اذا اراد ان يؤخرها عن فم النهر فيجعلها في اربعة اذرع منه لاحتباس
الماء فيه فيزداد دخول الماء بخلاف ما اذا اراد ان يسفل كواه او يرفعها
حيث يكون له ذلك في الصحيح لان قسمة الماء في الاصل باعتبار سعة الكوة
وضيقها من غير اعتبار التسفل والترفع هو العادة فلم يكن فيه تغيير موضع القسمة
ولو كانت القسمة بالكوى فاراد احدهم ان يقسم بالايام ليس له ذلك لان
القديم يترك على قدمه لظهور الحق فيه ولو كان لكل واحد منهم كوى مسماة في
نهر خاص ليس لواحد ان يزيد كوة وان كان لا يضر باهله لان الشركة خاصة

بخلاف

بخلاف ما اذا كانت الكوى في النهر الاعظم لان لكل منهم ان يشق منه نهرا ابتداء فكان
له ان يزيد في الكوى بطريق الاولى وليس لاحد من الشركاء في النهر الخاص ان يسوق
شربه الى ارض له اخرى ليس لها في ذلك شرب لانه اذا تقادم العهد يستدل به
على انه حقه وكذا اذا اراد ان يسوق شربه في ارضه الاولى حتى ينتهي الى هذه الارض
الاخرى لانه يستوفي زيادة على حقه اذ الارض الاولى تنشف بعض الماء قبل
ان تسقى الاخرى وهو نظير طريق مشترك اراد احدهم ان يفتح فيه بابا الى دار
اخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التي مفتحها في هذا الطريق ولو اراد الاعلى
من الشريكين في النهر الخاص وفيه كوى بينهما ان يسد بعضها دفعا لفيض الماء عن ارضه
كيلا تنز ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالآخر وكذا اذا اراد ان يقسم الشرب مناصفة
بينهما لان القسمة بالكوى تقدمت الا ان يتراضيا لان الحق لهما وبعد التراضي
لصاحب الاسفل ان ينقض ذلك وكذا لورثته من بعده لانه اعارة الشرب فان
مبادلة الشرب بالشرب باطلة والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه بخلاف
البيع والصدقة والهبة والوصية بذلك حيث لا يجوز هذه العقود اما البيع فللجهالة والغرر
او لانه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره واذا بطلت العقود فالتعليق
بالخطر باطل وكذا لا يصلح مسمى في النكاح حتى يجب مهر المثل ولا في الخلع حتى يجب
رد ما قبضت من الصداق لتفاحش الجهالة ولا يصلح بدل الصلح عن الدعوى لانه
لا يملك بشيء من العقود ولا يباع الشرب في دين صاحبه بعد موته بدون ارض
كما في حال حياته وكيف يصنع الامام الاصح ان يضم الى ارض لا شرب لها فيبيعها
باذن صاحبها ثم ينظر الى قيمة الارض مع الشرب وبدونه فيصرف التفاوت
الى قضاء الدين وان لم يجد ذلك اشترى على تركة الميت ارضا بغير شرب
ثم ضم الشرب اليها وباعهما فيصرف من الثمن الى ثمن الارض والفاضل الى قضاء الدين
واذا سقى الرجل ارضه او مخرها ماء اي ملأها فسال من ارضه الى ارض رجل
فغرقها او نزت ارض جاره من هذا الماء لم يكن عليه ضمانها لانه غير متعد فيه

كتاب الاشربة

سمي بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها قال
الاشربة المحرمة اربعة الخمر وهي عصير العنب اذا غلى واشتد وقذف بالزبد والعصير
اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه وهو الطلاء المذكور في الجامع الصغير ونقيع
التمر وهو السكر ونقيع الزبيب اذا اشتد وغلى اما الخمر فالكلام فيها في عشرة مواضع

أحدها في بيان ماهيتها وهي النيء من ماء العنب إذا صار مسكرا وهذا عندنا وهو
المعروف عند أهل اللغة وأهل العلم. وقال بعض الناس هو اسم لكل مسكر لقوله عليه السلام
كل مسكر خمر. وقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين وأشار إلى الكرمة والنخلة
ولأنه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود في كل مسكر ولنا أنه اسم خاص بإطباق
أهل اللغة فيما ذكرنا. ولهذا اشتهر استعماله فيه وفي غيره غيره ولأن حرمة الخمر
قطعية وهي في غيرها ظنية وإنما سمي خمرا لتخمره لا لمخامرة العقل على أن ما ذكرتم
لا ينافي كون الاسم خاصا فيه فإن النجم مشتق من الظهور ثم هو اسم خاص للنجم
المعروف لا لكل ما ظهر. وهذا كثير النظير والحديث الأول طعن فيه يحيى بن معين رحه
والثاني أريد به بيان الحكم إذ هو اللائق بمنصب الرسالة. والثاني في حد ثبوت هذا
الاسم وهذا الذي ذكره في الكتاب قول أبي حنيفة وعندهما إذا اشتد ولا يشترط
القذف بالزبد لأن الاسم يثبت به وكذا المعنى المحرم بالاشتداد وهو المؤثر في
الفساد ولأبي حنيفة أن الغليان بداية الشدة وكمالها بقذف الزبد وسكونه إذ به
تميز الصافي من الكدر وأحكام الشرع قطعية فتناط بالنهاية كالحد وإكفار المستحل
وحرمة البيع وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطا. والثالث
أن عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه. ومن الناس من أنكر حرمة عينها
وقال إن السكر منها حرام لأن به يحصل الفساد وهو الصد عن ذكر الله وهذا كفر
لأنه جحود الكتاب فإنه سماه رجسا والرجس ما هو محرم العين وقد جاءت السنة
متواترة أن النبي عليه السلام حرم الخمر وعليه انعقد إجماع الأمة ولأن قليله يدعو إلى
كثيره وهذا من خواص الخمر ولهذا تزداد لشاربها اللذة بالاستكثار منها بخلاف
سائر المطعومات ثم هو غير معلول عندنا حتى لا يتعدى حكمه إلى سائر المسكرات والشافعي
يعديه إليها وهذا بعيد لأنه خلاف السنة المشهورة وتعليل لتعدية الاسم والتعليل في
الأحكام لا في الأسماء. والرابع أنها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل
القطعية على ما بيناه. والخامس أنه يكفر مستحلها لإنكاره الدليل القطعي والسادس
سقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها وغاصبها ولا يجوز بيعها لأن
الله تعالى لما نجسها فقد أهانها والتقوم يشعر بعزتها وقال عليه السلام إن الذي
حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها واختلفوا في سقوط ماليتها والأصح أنها مال
لأن الطباع تميل إليها وتضن بها ومن كان له على مسلم دين فأوفاه من ثمن خمر لا

يحل له أن يأخذه ولا للمديون أن يؤديه لأنه ثمن بيع باطل وهو غصب في يده أو
أمانة على حسب ما اختلفوا فيه كما في بيع الميتة ولو كان الدين على ذمي فإنه يؤديه من ثمن
خمر والمسلم الطالب يستوفيه لأن بيعها فيما بينهم جائز. والسابع حرمة الانتفاع بها
لأن الانتفاع بالنجس حرام ولأنه واجب الاجتناب. وفي الانتفاع به اقتراب
والثامن أن يحد شاربها وإن لم يسكر منها لقوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه
فإن عاد فاجلدوه فإن عاد فاجلدوه فإن عاد فاقتلوه إلا أن حكم القتل قد
انتسخ فبقي الجلد مشروعا وعليه انعقد إجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم وتقديره
ذكرناه في الحدود. والتاسع أن الطبخ لا يؤثر فيها لأنه للمنع من ثبوت الحرمة لا
لرفعها بعد ثبوتها إلا أنه لا يحد فيه ما لم يسكر منه على ما قالوا لأن الحد بالقليل
في النيء خاصة لما ذكرناه وهذا قد طبخ. والعاشر جواز تخليلها وفيه خلاف الشافعي
وسنذكره من بعد إن شاء الله تعالى. وهذا هو الكلام في الخمر وأما العصير إذا طبخ
حتى يذهب أقل من ثلثيه وهو المطبوخ أدنى طبخة ويسمى الباذق والمنصف وهو
ما ذهب نصفه بالطبخ وكل ذلك حرام عندنا إذا غلى واشتد وقذف بالزبد وإذا
اشتد على الاختلاف وقال الأوزاعي إنه مباح وهو قول بعض المعتزلة لأنه مشروب
طيب وليس بخمر. ولنا أنه رقيق ملذ مطرب ولهذا يجتمع عليه الفساق فيحرم شربه
دفعا للفساد المتعلق به. وأما نقيع التمر وهو السكر وهو النيء من ماء التمر أي الرطب
فهو حرام مكروه. وقال شريك بن عبد الله إنه مباح لقوله تعالى تتخذون منه سكرا
ورزقا حسنا امتن علينا به وهو بالمحرم لا يتحقق. ولنا إجماع الصحابة رضي الله عنهم
ويدل عليه ما رويناه والآية محمولة على الابتداء. إذ كانت الأشربة مباحة كلها
وقيل أراد به التوبيخ معناه والله أعلم تتخذون منه سكرا وتدعون رزقا حسنا و
أما نقيع الزبيب وهو النيء من ماء الزبيب فهو حرام إذا اشتد وغلى ويتأتى فيه خلاف
الأوزاعي وقد بينا المعنى من قبل إلا أن هذه الأشربة دون حرمة الخمر حتى لا
يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر لأن حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية. ولا يجب
الحد بشربها حتى يسكر ويجب بشرب قطرة من الخمر ونجاستها خفيفة في رواية
وغليظة في أخرى ونجاسة الخمر غليظة رواية واحدة. ويجوز بيعها ويضمن متلفها
عند أبي حنيفة خلافا لهما فيهما لأنه مال متقوم وما شهدت دلالة قطعية بسقوط
تقومها بخلاف الخمر غير أن عنده يجب قيمتها لا مثلها على ما عرف. ولا ينتفع بها بوجه

من الوجوه لانها محرمة وعن ابي يوسف انه يجوز بيعه اذا كان الذاهب بالطبخ اكثر من
النصف دون الثلثين وقال في الجامع الصغير وما سوى ذلك من الاشربة فلا بأس به
قالوا هذا الجواب على العموم والبيان لا يوجد في غيره وهو نص على ان ما يتخذ من الحنطة
والشعير والعسل والذرة حلال عند ابي حنيفة ولا يحد شاربه عنده وان سكر منه
ولا يقع طلاق السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك وعن محمد
انه حرام ويحد شاربه اذا سكر منه ويقع طلاقه اذا سكر منه كما في سائر الاشربة
المحرمة وقال فيه ايضا وكان ابو يوسف يقول ما كان من الاشربة يبقى بعد ما يبلغ
عشرة ايام ولا يفسد فاني اكرهه ثم رجع الى قول ابي حنيفة وقوله الاول مثل
قول محمد ان كل مسكر حرام الا انه تفرد بهذا الشرط ومعنى قوله يبلغ يغلي ويشتد
ومعنى قوله ولا يفسد لا يحمض ووجهه ان بقاءه هذه المدة من غير ان يحمض دلالة
قوته وشدته فكان آية حرمته ومثل ذلك يروى عن ابن عباس رضي الله عنهما وابو حنيفة
يعتبر حقيقة الشدة على الحد الذي ذكرناه فيما يحرم اصل شربه وفيما يحرم السكر منه
على ما نذكره ان شاء الله تعالى وابو يوسف رجع الى قول ابي حنيفة فلم يحرم كل مسكر
ورجع عن هذا الشرط ايضا وقال في المختصر ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما
ادنى طبخة حلال وان اشتد اذا شرب منه ما يغلب على ظنه انه لا يسكره من غير لهو و
لا طرب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد والشافعي حرام والكلام فيه كالكلام
في المثلث العنبي ونذكره ان شاء الله تعالى قال ولا بأس بالخليطين لما روي عن ابن زياد
قال سقاني ابن عمر رضي الله عنهما شربة ما كدت اهتدي الى اهلي فغدوت اليه من الغد
فاخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب وهذا من الخليطين وكان مطبوخا لان
المروي عنه حرمة نقيع الزبيب وهو النيء منه وما روي انه عليه السلام نهى عن الجمع بين التمر
والزبيب والرطب والبسر محمول على حالة الشدة وكان ذلك في الابتداء قال
ونبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير حلال وان لم يطبخ وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف اذا كان من غير لهو وطرب لقوله عليه السلام الخمر من هاتين
الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة خص التحريم بهما والمراد بيان الحكم ثم قيل يشترط
الطبخ فيه لاباحته وقيل لا يشترط وهو المذكور في الكتاب لان قليله لا يدعو الى كثيره
كيفما كان وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل لا يحد وقد ذكرنا الوجه
من قبل قالوا والاصح انه يحد فانه روي عن محمد فيمن سكر من الاشربة انه يحد من

غير

غير تفصيل لان هذا الفساق يجتمعون عليه في زماننا اجتماعهم على سائر الاشربة
بل فوق ذلك وكذلك المتخذ من الالبان اذا اشتد فهو على هذا وقيل ان المتخذ من لبن
الرماك لا يحل عند ابي حنيفة اعتبارا بلحمه اذ هو متولد منه قالوا والاصح انه يحل
لان كراهة لحمه لما في اباحته من قطع مادة الجهاد او لاحترامه فلا تتعدى الى لبنه
قال وعصير العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه حلال وان اشتد وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد ومالك والشافعي حرام وهذا الخلاف فيما اذا قصد به التقوي
اما اذا قصد به التلهي لا يحل بالاتفاق وعن محمد مثل قولهما وعنه انه كره ذلك وعنه
انه توقف فيه لهم في اثبات الحرمة قوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله عليه السلام ما اسكر
كثيره فقليله حرام ويروى عنه عليه السلام ما اسكر الجرة منه فالجرعة منه حرام ولان
المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليله وكثيره كالخمر ولهما قوله عليه السلام حرمت الخمر
بعينها ويروى بعينها قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب خص السكر بالتحريم في غير
الخمر اذ العطف للمغايرة ولان المفسد هو القدح المسكر وهو حرام عندنا وانما يحرم
القليل منه لانه يدعو لرقته ولطافته الى الكثير فاعطي حكمه والمثلث لغلظه لا يدعو
وهو في نفسه غذاء فبقي على الاباحة والحديث الاول غير ثابت على ما بيناه ثم هو
محمول على القدح الاخير اذ هو المسكر حقيقة والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب
ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة فحكمه حكم المثلث لان صب الماء لا يزيده الا
ضعفا بخلاف ما اذا صب الماء على العصير ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل لان الماء يذهب اولا
للطافته او يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب ولو طبخ العنب كما هو
ثم يعصر يكتفي بادنى طبخة في رواية عن ابي حنيفة وفي رواية عنه لا يحل ما لم يذهب
ثلثاه بالطبخ وهو الاصح لان العصير قائم فيه من غير تغيير فصار كما بعد العصر ولو جمع
في الطبخ بين العنب والتمر او بين التمر والزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه لان التمر ان
كان يكتفي فيه بادنى طبخة فعصير العنب لا بد ان يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب
احتياطا وكذا اذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر لما قلنا ولو طبخ نقيع التمر
والزبيب ادنى طبخة ثم انقع فيه تمر او زبيب ان كان ما انقع فيه شيئا يسيرا لا يتخذ
النبيذ من مثله لا بأس به وان كان يتخذ النبيذ من مثله لم يحل كما اذا صب في
المطبوخ قدح من نقيع والمعنى تغليب جهة الحرمة فلا حد في شربه لان التحريم
للاحتياط وهو في الحد في درئه ولو طبخ الخمر او غيره بعد الاشتداد حتى يذهب

حنيفة

حكمه

ثلثاه لم يحل لان الحرمة قد تقررت فلا يرتفع بالطبخ قال ولا بأس بالانتباذ في الدباء
والحنتم والمزفت لقوله عليه السلام في حديث فيه طول بعد ذكر هذه الاوعية فاشربوا في
كل ظرف فان الظرف لا يحل شيئا ولا يحرمه ولا تشربوا المسكر وقال ذلك بعد ما اخبر
عن النهي عنه فكان ناسخا له وانما ينتبذ فيه بعد تطهيره فان كان الاناء عتيقا يغسل
ثلاثا فيطهر وان كان جديدا لا يطهر عند محمد لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق وعند
ابي يوسف يغسل ثلاثا فيطهر ويجفف في كل مرة وهي مسئلة ما لا ينعصر بالعصر وقيل عند
ابي يوسف يملأ ماء مرة بعد اخرى حتى اذا خرج الماء صافيا غير متغير يحكم بطهارته
قال واذا تخللت الخمر حلت سواء صارت خلا بنفسها او بشيء طرح فيها ولا يكره
تخليلها وقال الشافعي يكره تخليلها ولا يحل الخل الحاصل به ان كان التخليل بالقاء شيء
فيه قولا واحدا وان كان بغير القاء شيء فيه فله في الخل الحاصل به قولان له ان في
التخليل اقترابا من الخمر على وجه التمول والامر بالاجتناب ينافيه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم
نعم الادام الخل ولان بالتخليل تزول الوصف المفسد وتثبت صفة الصلاح من حيث تسكين
الصفراء وكسر الشهوة والتغذي به والاصلاح مباح وكذا الصالح للمصالح
اعتبارا بالمتخلل بنفسه وبالدباغ والاقتراب لاعدام الفساد فاشبه الاراقة • و
التخليل اولى لما فيه من احراز مال يصير حلالا في الثاني فيختاره من ابتلي به • واذا صار
الخمر خلا يطهر ما يوازيها من الاناء فاما اعلاه وهو الذي نقص منه الخمر قيل يطهر
تبعا وقيل لا يطهر لانه خمر يابس الا اذا غسل بالخل فيتخلل من ساعته فيطهر وكذا
اذا صب فيه الخمر ثم ملئ خلا يطهر في الحال على ما قالوا • قال ويكره شرب دردي الخمر
والامتشاط به لان فيه اجزاء الخمر والانتفاع بالمحرم حرام ولهذا لا يجوز ان يداوي
به جرحا او دبرة دابة • ولا ان يسقي ذميا ولا ان يسقي صبيا للتداوي والوبال
على من سقاه • وكذا لا يسقيها الدواب وقيل لا تحمل الخمر اليها اما اذا قيدت
الى الخمر فلا بأس به كما في الكلب والميتة ولو القي الدردي في الخل لا بأس به لانه يصير
خلا لكن يباح حمل الخل اليه لا عكسه لما قلنا قال ولا يحد شاربه اي شارب الدردي
ان لم يسكر وقال الشافعي يحد لانه شرب جزءا من الخمر ولنا ان قليله لا يدعو الى كثيره
لما في الطباع من النفرة عنه فكان ناقصا فاشبه غير الخمر من الاشربة ولا حد فيها الا النبوة ؛
بالسكر ولان الغالب عليه الثقل فصار كما اذا غلب عليه الماء بالامتزاج ويكره الاحتقان
بالخمر واقطارها في الاحليل لانه انتفاع بالمحرم ولا يجب الحد لعدم الشرب وهو

ولو جعل

ولو جعل الخمر في مرقة لا يؤكل لتنجسها بها ولا حد ما لم يسكر منه لانه اصابه الطبخ ويكره
اكل خبز عجن عجينه بالخمر لقيام اجزاء الخمر فيه فصل في طبخ العصير الاصل ان ما
ذهب بغليانه بالنار وقذفه بالزبد يجعل كان لم يكن ويعتبر ذهاب ثلثي ما بقي ليحل
الثلث الباقي بيانه عشرة دوارق من عصير طبخ فذهب دورق بالزبد يطبخ الباقي
حتى يذهب ستة دوارق ويبقى الثلث فيحل لان الذي يذهب زبدا هو العصير او ما يمازجه
وايا ما كان جعل كان العصير تسعة فيكون ثلثها ثلاثة • والاصل آخر ان العصير اذا صب
عليه ماء قبل الطبخ ثم طبخ بمجرده ان كان الماء اسرع ذهابا لرقته ولطافته يطبخ الباقي
بعد ما ذهب مقدار ما صب فيه من الماء حتى يذهب ثلثاه لان الذاهب الاول هو الماء
والثاني العصير فلا بد من ذهاب ثلثي العصير وان كان يذهبان معا يغلي الجملة حتى
يذهب ثلثاها ويبقى ثلثها فيحل لانه ذهب الثلثان ماء وعصيرا والثلث الباقي ماء
وعصير فصار كما اذا صب الماء فيه بعد ما ذهب من العصير بالغلي ثلثاه بيانه عشرة دوارق
من عصير وعشرون دورقا من ماء ففي الوجه الاول يطبخ حتى يبقى تسع الجملة لما قلنا •
والغلي بدفعة ودفعات سواء اذا حصل قبل ان يصير محرما ولو قطع عنه النار فغلي
حتى ذهب الثلثان يحل لانه اثر النار • والاصل آخر ان العصير اذا طبخ فذهب بعضه ثم اهريق
بعضه كم يطبخ البقية حتى يذهب الثلثان فالسبيل فيه ان تاخذ ثلث الجميع فتضربه في الباقي
بعد المنصب ثم تقسمه على ما بقي بعد ذهاب ما ذهب بالطبخ قبل ان ينصب منه شيء فما
يخرج بالقسمة فهو حلال بيانه عشرة ارطال عصير طبخ حتى ذهب رطل ثم اهريق
منه ثلاثة ارطال تاخذ ثلث العصير كله وهو ثلاثة وثلث وتضربه فيما بقي بعد المنصب وهي
ستة فيكون عشرين ثم تقسم العشرين على ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ منه قبل ان ينصب منه شيء
وذلك تسعة فيخرج لكل جزء من ذلك اثنان وتسعان فعرفت ان الحلال مما بقي منه
رطلان وتسعان وعلى هذا تخرج المسائل ولها طريق آخر وفيما اكتفينا به كفاية
وهداية الى تخريج غيرها من المسائل

كتاب الصيد

قال الصيد هو الاصطياد
ويطلق على ما يصطاد والفعل مباح لغير المحرم في غير الحرم لقوله تعالى واذا حللتم
فاصطادوا ولقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما ولقوله عليه السلام
لعدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل
وان اكل منه فلا تاكل لانه انما امسك على نفسه وان شارك كلبك كلب آخر فلا تاكل
فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك وعلى اباحته انعقد الاجماع ولانه

ق
لانه ثلث العصير وفي الوجه الثاني
حتى يذهب ثلثا الجملة

ذهب ؛

يصطاد ؛

قوله ؛

نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك وفيه استيفاء المكلف وتمكينه من اقامة التكاليف فكان مباحا بمنزلة الاحتطاب ثم جملة ما يحويه الكتاب فصلان احدهما في الصيد بالجوارح والثاني في الاصطياد بالرمي

فصل في الجوارح

قال ويجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد والبازي وسائر الجوارح المعلمة وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير فلا باس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك الا ان تدرك ذكوته والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين والجوارح الكواسب في تاويل والمكلبين المسلطين فيتناول الكل بعمومه دل عليه ما روينا من حديث عدي رضي الله عنه واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد وعن ابي يوسف انه استثنى من ذلك الاسد والدب لانهما لا يعملان لغيرهما الاسد لعلو همته والدب لخساسته والحق بعضهم الحدأة بهما لخساستها والخنزير مستثنى لانه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به ثم لا بد من التعليم لما تلونا من النص ينطق باشتراط التعليم والحديث به وبالارسال ولانه انما يصير آلة بالتعليم ليكون عاملا له فيترسل بارساله ويمسكه عليه قال وتعليم الكلب ان يترك الاكل ثلاث مرات وتعليم البازي ان يرجع ويجيب اذا دعوته وهو مأثور عن ابن عباس رضي الله عنهما ولان بدن البازي لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمله فيضرب ليتركه ولان اية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة والبازي متوحش متنفر فكانت الاجابة اية تعليمه اما الكلب فهو الوف يعتاد الانتهاب فكان اية تعليمه ترك مألوفه وهو الاكل والاستلاب ثم شرط ترك الاكل ثلاثا وهذا عندهما وهو رواية عن ابي حنيفة لان فيما دونه مزيد الاحتمال فلعله تركه مرة او مرتين شبعا فاذا تركه ثلاثا دل على انه صار عادة له وهذا لان الثلث مدة ضربت للاختبار وابلاء الاعذار كما في مدة الخيار وفي بعض قصص الاخيار ولان الكثير هو الذي يقع اعلاما عن العلم دون القليل والجمع هو الكثير وادناه الثلاث فقدر بها وعند ابي حنيفة على ما ذكر في الاصل لا يثبت التعليم ما لم يغلب على ظن الصائد انه معلم ولا يقدر بالثلاث لان المقادير لا تعرف اجتهادا بل نصا وسماعا ولا سمع فيفوض الى راي المبتلى به كما هو اصله في جنسه وعلى الرواية الاولى عنده يحل ما اصطاده ثالثا وعندهما لا يحل لانه انما يصير معلما بعد تمام الثلاث وقبل التعليم غير معلم فكان الثالث صيد كلب جاهل وصار كالتصرف المباشر في سكوت

المولى

المولى وله انه آية تعليمه عنده فكان هذا صيد جارحة معلمة بخلاف تلك المسئلة لان الاذن اعلام فلا يتحقق دون علم العبد وذلك بعد المباشرة قال واذا ارسل كلبه المعلم او بازيه وذكر اسم الله تعالى عند ارساله فاخذ الصيد وجرحه فمات حل اكله لما روينا من حديث عدي رضي الله عنه ولان الكلب والبازي آلة والذبح لا يحصل بمجرد الالة الا بالاستعمال وذلك فيهما بالارسال فنزل منزلة الرمي وامرار السكين فلا بد من التسمية عنده ولو تركه ناسيا حل ايضا على ما بيناه وحرمة متروك التسمية عامدا في الذبائح ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية ليتحقق الذكوة الاضطراري وهو الجرح في اي موضع كان من البدن بانتساب ما وجد من الالة اليه بالاستعمال وفي ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ما يشير الى اشتراط الجرح اذ هو من الجرح بمعنى الجراحة في تاويل فيحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه ولا تنافي وفيه اخذ باليقين وعن ابي يوسف انه لا يشترط رجوعا الى التاويل الاول وجوابه ما قلناه قال فان اكل منه الكلب او الفهد لم يؤكل وان اكل منه البازي اكل والفرق ما بيناه في دلالة التعليم وهو مؤيد بما رويناه من حديث عدي رضي الله عنه وهو حجة على مالك والشافعي في قوله القديم في اباحة ما اكل الكلب منه ولو انه صاد صيودا ولم ياكل منها ثم اكل من صيد لا يؤكل هذا الصيد لانه علامة الجهل ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلما على اختلاف الروايات كما بيناها في الابتداء واما الصيود التي اخذها من قبل فما اكل منها لا يظهر الحرمة فيه لانعدام المحلية وما ليس بمحرز بان كان في المفازة بعد تثبت الحرمة فيه بالاتفاق وما هو محرز في بيته يحرم عنده خلافا لهما هما يقولان ان الاكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم لان الحرفة قد تنسى ولان فيما احرزه قد امضى الحكم فيه بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله لان المقصود قد حصل بالاول بخلاف غير المحرز لانه ما حصل المقصود من كل وجه لبقائه صيدا من وجه لعدم الاحراز فحرمناه احتياطا وله انه آية جهله من الابتداء لان الحرفة لا ينسى اصلها فاذا اكل تبين انه كان تركه الاكل للشبع لا للعلم وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لانه بالاكل فصار كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء ولو ان صقرا فر من صاحبه فمكث حينا ثم صاد لا يؤكل صيده لانه ترك ما صار به عالما فيحكم بجهله كالكلب اذا اكل من الصيد ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم ياكل منه اكل لانه

لانه ممسك للصيد عليه وهذا من غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وامسك عليه ما
يصلح له ولو اخذ الصيد من المعلم ثم قطع منه قطعة والقاها اليه فاكلها يؤكل ما بقي
لانه لم يبق صيدا فصار كما اذا القى اليه طعاما غيره وكذا اذا وثب الكلب فاخذ منه
واكل منه لانه ما اكل من الصيد والشرط ترك الاكل من الصيد فصار كما اذا افترس
شاة بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل ان يحرزه المالك لانه بقيت فيه جهة الصيدية
ولو نهش الصيد فقطع منه بضعة فاكلها ثم ادرك الصيد فقتله ولم يأكل منه لم يؤكل
لانه صيد كلب جاهل حيث اكل من الصيد ولو القى ما نهشه واتبع الصيد فقتله و
لم يأكل منه واخذه صاحبه ثم مر بتلك البضعة فاكلها يؤكل الصيد لانه لو اكل
من نفس الصيد في هذه الحالة لم يضره فاذا اكل ما بان منه وهو لا يحل لصاحبه
اولى بخلاف الوجه الاول لانه اكل في حالة الاصطياد فكان جاهلا ممسكا
لنفسه ولان نهش البضعة قد يكون ليأكلها وقد يكون حيلة في الاصطياد ليضعف
بقطع القطعة منه فيدركه فاكله قبل الاخذ يدل على الوجه الاول وبعده على الوجه
الثاني فلا يدل على جهله قال فان ادرك المرسل الصيد حيا وجب عليه ان يذكيه
فان ترك تذكيته حتى مات لم يؤكل وكذا البازي والسهم لانه قدر على الاصل
قبل حصول المقصود بالبدل اذ المقصود هو الاباحة فلم تثبت قبل موته فبطل
حكم البدل وهذا اذا تمكن من ذبحه اما اذا وقع في يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه
من الحياة فوق ما يكون في المذبوح لم يؤكل في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة وابي يوسف
انه يحل وهو قول الشافعي لانه لم يقدر على الاصل فصار كما اذا رأى الماء ولم
يقدر على الاستعمال ووجه الظاهر انه قدر اعتبارا لانه ثبتت يده على المذبح وهو
قائم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتباره لانه لا بد له من مدة والناس يتفاوتون
فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في امر الذبح فادير الحكم على ما ذكرنا
بخلاف ما اذا بقي فيه من الحياة مثل ما يبقى في المذبوح لانه ميت حكما الا يرى انه
لو وقع في الماء وهو بهذه الحالة لا يحرم كما اذا وقع وهو ميت والميت ليس بمذبح
وفصل بعضهم تفصيلا وهو انه اذا لم يتمكن لفقد الالة لم يؤكل وان لم يتمكن لضيق
الوقت لم يؤكل عندنا خلافا للشافعي لانه اذا وقع في يده لم يبق صيدا فبطل
حكم ذكاة الاضطرار وهذا اذا كان يتوهم بقاؤه اما اذا شق بطنه واخرج
ما فيه ثم وقع في يد صاحبه حل لانه لا يبقى اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما اذا وقعت

شاة

شاة في الماء بعدما ذبحت وقيل هذا قولهما اما عند ابي حنيفة لا يؤكل ايضا لانه وقع
في يده حيا فلا يحل الا بذكاة الاختيار ردا الى المتردية على ما نذكر ان شاء الله تعالى
نه الذي ذكرنا اذا ترك التذكية فلو انه ذكاه حل اكله عند ابي حنيفة وكذا
المتردية والنطيحة والموقوذة والذي بقر الذئب بطنه وفيه حياة خفية او بينة
وعليه الفتوى لقوله تعالى الا ما ذكيتم استثناه مطلقا من غير فصل وعند ابي يوسف
اذا كان بحال لا يعيش مثله لا يحل لانه لم يكن موته بالذبح وقال محمد ان كان يعيش
فوق ما يعيش المذبوح يحل والا فلا لانه لا معتبر بهذه الحياة على ما قررناه
ولو ادركه ولم يأخذه فان كان في وقت لو اخذه امكنه ذبحه لم يؤكل لانه صار
في حكم المقدور عليه وان كان لا يمكنه ذبحه اكل لان اليد لم تثبت به والتمكن
من الذبح لم يوجد فان ادركه وذكاه حل لانه ان كانت فيه حياة مستقرة فالذكاة
وقعت موقعها بالاجماع وان لم يكن فيه حياة مستقرة فعند ابي حنيفة ذكاته
الذبح على ما ذكرنا وقد وجد وعندهما لا يحتاج الى الذبح ولو ارسل كلبه على صيد
واخذ غيره حل وقال مالك لا يحل لانه اخذه بغير ارسال اذ الارسال يختص بالمشار اليه
قلنا انه شرط غير مفيد لان مقصوده حصول الصيد اذ لا يقدر على الوفاء به اذ
لا يمكنه تعليمه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتباره ولو ارسله على صيد كثير
وسمى مرة واحدة حالة الارسال فلو قتل الكل يحل بهذه التسمية الواحدة لان الذبح
يقع بالارسال على ما بيناه ولهذا تشترط التسمية عنده والفعل واحد فيكفيه تسمية
واحدة بخلاف ذبح الشاتين بتسمية واحدة لان الثانية تصير مذبوحة بفعل غير الاول
فلا بد من تسمية اخرى حتى لو اضجع احداهما فوق الاخرى وذبحهما دفعة واحدة تحل
بتسمية واحدة ومن ارسل فهدا فكمن حتى يستمكن ثم اخذ الصيد فقتله يؤكل لان مكثه
ذلك حيلة منه للصيد لا استراحة فلا يقطع الارسال وكذلك الكلب اذا اعتاد
عادته ولو اخذ الكلب صيدا فقتله ثم اخذ اخر فقتله وقد ارسله صاحبه اكلا جميعا
لان الارسال قائم لم ينقطع وهو بمنزلة ما لو رمى سهما الى صيد فاصابه واصاب
اخر ولو قتل الاول فجثم عليه طويلا من النهار ثم مر به صيد اخر فقتله لا يؤكل
الثاني لانقطاع الارسال بمكثه اذ لم يكن ذلك حيلة منه للاخذ وانما كان استراحة
بخلاف ما تقدم ولو ارسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء ثم اتبع الصيد فاخذه
وقتله فانه يؤكل وهذا اذا لم يمكث زمانا طويلا للاستراحة وانما مكث ساعة

كذا

للتمكين كما بيناه في الكلب ولو ان بازيا معلما اخذ صيدا فقتله ولا يدرى ارسله انسان
ام لا لا يوكل لوقوع الشك في الارسال ولا تثبت الاباحة بدونه قال وان خنقه
الكلب ولم يجرحه لم يوكل لان الجرح شرط على ظاهر الرواية على ما ذكرناه وهذا
يدلك على انه لا يحل بالكسر وعن ابي حنيفة انه اذا كسر عضوا فقتله لا باس باكله
لانه جراحة باطنة فهي كالجراحة الظاهرة وجه الاول ان المعتبر جرح ينتهض سببا
لانهار الدم ولا يحصل ذلك بالكسر فاشبه التخنيق قال وان شاركه كلب غير معلم او كلب
مجوسي او كلب لم يذكر اسم الله تعالى عليه يريد به عمدا لم يوكل لما روينا في حديث عدي رضي الله عنه
ولانه اجتمع المبيح والمحرم فيغلب جهة الحرمة نصا او احتياطا ولو رده عليه الكلب
الثاني ولم يجرح معه ومات بجرح الاول يكره اكله لوجود المشاركة في الاخذ
وفقدها في الجرح وهذا بخلاف ما اذا رده المجوسي عليه بنفسه حيث لا يكره لان فعل
المجوسي ليس من جنس فعل الكلب فلا تتحقق المشاركة وتتحقق بين فعلي الكلبين لوجود
المجانسة ولو لم يرده الكلب الثاني على الاول لكنه اشتد على الاول حتى اشتد
على الصيد فاخذه وقتله لا باس باكله لان فعل الثاني اثر في الكلب المرسل دون الصيد
حتى ازداد به طلبا فكان تبعا لفعله لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع حيشم
بخلاف ما اذا كان رده عليه لانه لم يصر تبعا فيضاف اليهما قال واذا ارسل المسلم كلبه
فزجره مجوسي فانزجر بزجره فلا باس بصيده والمراد بالزجر الاغراء بالصياح
عليه وبالانزجار اظهار زيادة الطلب ووجهه ان الفعل يرفع بما هو فوقه او مثله
كما في نسخ الآي والزجر دون الارسال لكونه بناء عليه قال ولو ارسله مجوسي
فزجره مسلم فانزجر لم يوكل لان الزجر دون الارسال ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمة فاولى
ان لا تثبت به الحل وكل من لا تجوز ذكاته كالمرتد والمحرم وتارك التسمية عامدا
في هذا بمنزلة المجوسي وان لم يرسله احد فزجره مسلم فانزجر فاخذ الصيد فلا باس باكله
لان الزجر مثل الانفلات لانه وان كان دونه من حيث انه بناء عليه فهو فوقه
من حيث انه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا ولو ارسل المسلم كلبه على صيد وسمى فادركه
فضربه ووقذه ثم ضربه فقتله اكل وكذا اذا ارسل كلبين فوقذه احدهما ثم قتله
الآخر اكل لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفوا ولو
ارسل رجلان كل واحد منهما كلبا فوقذه احدهما وقتله الآخر اكل لما بينا و
الملك للاول لان الاول اخرجه عن حد الصيدية الا ان الارسال من الثاني حصل على

على الصيد والمعتبر في الاباحة والحرمة حالة الارسال فلم يحرم بخلاف ما اذا كان
الارسال من الثاني بعدما خرج عن الصيدية بجرح الكلب الاول **فصل في الرمي**
ومن سمع حسا ظنه حس صيد فرماه او ارسل كلبا او بازيا عليه فاصاب صيدا ثم
تبين انه حس صيد حل المصاب اي صيد كان لانه قصد الاصطياد وعن ابي يوسف
انه خص من ذلك الخنزير لتغلظ التحريم الا يرى انه لا تثبت الاباحة في شيء منه
بخلاف السباع لانه يوثر في جلدها وزفر خص منها ما لا يوكل لحمه لان الارسال فيه
ليس للاباحة ووجه الظاهر ان اسم الاصطياد لا يختص بالماكول فوقع الفعل اصطيادا
وهو فعل مباح في نفسه واباحة التناول ترجع الى المحل فتثبت بقدر ما يقبله لحما
وجلدا وقد لا تثبت اذا لم يقبله واذا وقع اصطيادا صار كانه رمى الى الصيد
فاصاب غيره وان تبين انه حس آدمي او حيوان اهلي لا يحل المصاب لان الفعل ليس
باصطياد والطير الداجن الذي ياوي البيوت اهلي والظبي الموثق بمنزلته لما
بينا ولو رمى الى طائر فاصاب صيدا ومر الطائر ولا يدرى وحشي هو او غير وحشي
حل الصيد لان الظاهر فيه التوحش ولو رمى الى بعير فاصاب صيدا ولا يدرى
ناد هو ام لا لا يحل الصيد لان الاصل فيه الاستئناس ولو رمى الى سمكة او جراد
فاصاب صيدا يحل في رواية عن ابي يوسف لانه صيد وفي اخرى عنه لا يحل لانه لا
ذكاة فيهما ولو اصاب المسموع حسه وقد ظنه آدميا فاذا هو صيد يحل لانه لا
معتبر بظنه مع تعينه واذا سمى الرجل عند الرمي اكل ما اصاب اذا جرح السهم فمات
لانه ذابح بالرمي لكون السهم آلة له فتشترط التسمية عنده وجميع البدن محل لهذا
النوع من الذكاة ولا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما بيناه قال وان ادركه
حيا ذكاه وقد بيناه بوجوهه والاختلاف فيها في الفصل الاول فلا نعيده
قال واذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى اصابه
اكل وان قعد عن طلبه ثم اصابه ميتا لم يوكل لما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام
انه كره اكل الصيد اذا غاب عن الرامي وقال لعل هوام الارض قتلته ولان
احتمال الموت بسبب آخر قائم فما ينبغي ان يحل اكله لان الموهوم في هذا كالمتحقق
لما روينا الا انا اسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة ان لا يعرى الاصطياد
عنه ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لامكان التحرز عن توار يكون بسبب عمله
والذي رويناه حجة على مالك في قوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت يحل فاذا بات

لئلا لا يحل ولو وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل لانه موهوم يمكن الاحتراز
عنه بخلاف ما تقدم فهو الجواب في ارسال الكلب في هذا كالجواب في الرمي في جميع
ما ذكرنا ﴿قال فاذا رمى صيدا فوقع في الماء او وقع على سطح او جبل ثم تردى
منه الى الارض لم يؤكل لانه المتردية وهو حرام بالنص ولانه احتمل الموت بغير
الرمي اذ الماء مهلك وكذا السقوط من عال يؤيد ذلك قوله عليه السلام لعدي رضي الله عنه
وان وقعت رميتك في الماء فلا تأكل فانك لا تدري ان الماء قتله او سهمك ﴾ وان
وقع على الارض ابتداء اكل لانه لا يمكن الاحتراز عنه وفي اعتباره سد باب الاصطياد
بخلاف ما تقدم لانه يمكن التحرز عنه فصار الاصل ان سبب الحرمة والحل اذا اجتمعا
وامكن التحرز عما هو سبب الحرمة ترجح جهة الحرمة احتياطا وان كان مما لا يمكن التحرز عنه
جرى وجوده مجرى عدمه لان التكليف بحسب الوسع فيما يمكن التحرز عنه اذا وقع
على شجر او حائط او آجرة ثم على الارض او رماه وهو على جبل فتردى من موضع
الى موضع حتى تردى الى الارض او رماه فوقع على رمح منصوب او قصبة قائمة
او على حرف آجرة لاحتمال ان حد هذه الاشياء قتله ومما لا يمكن التحرز عنه
اذا وقع على الارض كما ذكرناه او على جبل او في معناه كجبل او ظهر بيت او لبنة
موضوعة او صخرة فاستقر عليها لان وقوعه عليها وعلى الارض سواء ﴿ وذكر
في المنتقى لو وقع على صخرة فانشق بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت بسبب آخر وصححه الحاكم
وحمل مطلق المروي في الاصل على غيرها لما لانشقاق وحمله شمس الائمة السرخسي
على ما اذا اصابه حد الصخرة فانشق بطنه بذلك وحمل المروي في الاصل على انه لم يصبه
من الآجرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليه وذلك عفو وهذا اصح وان كان
الطير مائيا فان كانت الجراحة لم تنغمس في الماء اكل وان انغمست لا يؤكل كما اذا
وقع في الماء ﴿قال وما اصاب المعراض بعرضه لم يؤكل لقوله عليه السلام فيه ما اصاب
بحده فكل وما اصاب بعرضه فلا تأكل ولانه لا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة
على ما قدمناه ﴿قال ولا يؤكل ما اصابه البندقة فمات بها لانها تدق وتكسر
ولا تجرح فصار كالمعراض اذا لم يخزق وكذلك اذا رماه بحجر وكذا ان جرحه
قالوا تأويله اذا كان ثقيلا وبه حدة لاحتمال انه قتله بثقله وان كان الحجر خفيفا
وبه حدة يحل لتعين الموت بالجرح ولو كان الحجر خفيفا وجعله طويلا كالسهم وبه
حدة فانه يحل لانه قتله بجرحه ولو رماه بمروة حديدة ولم تبضع بضعا لا يؤكل

المعراض السهم بلا ريش يمضي عرضا فيصيب بعرضه لا بحده والبندقة طينة مدورة يرمى بها ويقال لها الجلاهق خرق المعراض نفذ وبالراء تصحيف كذا في المغرب

لانه قتله دقا ﴿ وكذا ان رماه بها فابان رأسه او قطع اوداجه لان العروق تنقطع
بثقل الحجر كما تنقطع بالقطع فوقع الشك او لعله مات قبل قطع الاوداج ولو رماه
بعضا او بعود حتى قتله لا يحل لانه يقتله ثقلا لا جرحا ﴾ اللهم اذا كان له حد يبضع
بضعا فحينئذ لا بأس به لانه بمنزلة السيف والرمح والاصل في هذه المسائل ان الموت
اذا كان مضافا الى الجرح بيقين كان الصيد حلالا واذا كان مضافا الى الثقل
بيقين كان حراما وان وقع الشك ولا يدري مات بالجرح او بالثقل كان حراما
احتياطا وان رماه بسيف او بسكين فاصابه بحده فجرحه حل وان اصابه بقفا السكين
او بمقبض السيف لا يحل لانه قتله دقا والحديد وغيره فيه سواء ولو رماه فجرحه
ومات بالجرح ان كان الجرح مدميا يحل بالاتفاق وان لم يكن مدميا فكذلك عند بعض
المتأخرين سواء كانت الجراحة صغيرة او كبيرة لان الدم يحتبس لضيق المنفذ او غلظ
الدم وعند بعضهم شرط الادماء لقوله عليه السلام ما انهر الدم وافرى الاوداج
فكل شرط الانهار وعند بعضهم ان كانت كبيرة حل بدون الادماء وان كانت
صغيرة لا بد من الادماء ولو ذبح شاة ولم يسل منه الدم قيل لا يحل وقيل يحل
ووجه القولين دخل فيما ذكرناه واذا اصاب السهم ظلف الصيد او قرنه فان
ادماه حل والا فلا وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه ﴿قال وان رمى صيدا فقطع
عضوا منه اكل الصيد لما بيناه ولا يؤكل العضو وقال الشافعي رحمه الله اكلا ان مات الصيد
منه لانه مبان بذكاة الاضطرار فيحل المبان والمبان منه كما اذا ابين الرأس
بذكاة الاختيار بخلاف ما اذا لم يمت منه لانه ما ابين بالذكاة ولنا قوله
عليه السلام ما ابين من الحي فهو ميت ذكر الحي مطلقا فينصرف الى الحي حقيقة وحكما
والعضو المبان بهذه الصفة لان المبان منه حي حقيقة لقيام الحياة فيه وكذا
حكما لانه تتوهم سلامته بعد هذه الجراحة ولهذا اعتبره الشرع حتى لو وقع في الماء
وفيه حياة بهذه الصفة يحرم وقوله ابين بالذكاة قلنا حال وقوعه لم يقع
ذكاة لبقاء الروح في الباقي وعند زواله لا يظهر في المبان لعدم الحياة فيه ولا
تبعية لزوالها بالانفصال فصار هذا الحرف هو الاصل ان المبان من الحي
حقيقة وحكما لا يحل والمبان من الحي صورة لا حكما يحل وذلك بان يبقى في
المبان منه حياة بقدر ما يكون في المذبوح فانه حياة صورة لا حكما ولهذا
لو وقع في الماء وبه هذا القدر من الحياة او تردى من جبل او سطح لا يحرم فتخرج

عليه السلام كل فيقول اذا قطع يدا او رجلا او فخذا او ثلثه مما يلي القوائم او اقل من نصف الراس يحرم المبان ويحل المبان منه لانه يتوهم بقاء الحيوة في الباقي ولو قده بنصفين او قطعه اثلاثا والاكثر مما يلي العجز او قطع نصف راسه او اكثر منه يحل المبان والمبان منه لان المبان منه حي صورة لا حكما اذ لا يتوهم بقاء الحيوة بعد هذا الجرح والحديث وان تناول السمك وما ابين منه ميتا الا ان ميتته حلال بالحديث الذي رويناه ولو ضرب عنق شاة فابان راسها يحل لقطع الاوداج ويكره هذا الصنيع لابلاغه النخاع وان ضربه من قبل القفاء ان مات قبل قطع الاوداج لا يحل وان لم يمت حتى قطع الاوداج حل ولو ضرب صيدا فقطع يدا او رجلا ولم يبنه ان كان يتوهم الالتيام والاندمال فاذا مات حل اكله لانه بمنزلة سائر اجزائه وان كان لا يتوهم بان بقي متعلقا بجلده حل ما سواه لوجود الابانة معنى والعبرة للمعاني ولا يوكل صيد المجوسي والمرتد والوثني لانهم ليسوا من اهل الذكوة على ما بيناه في الذبائح ولا بد منها في اباحة الصيد بخلاف النصراني واليهودي لانهم من اهل الذكوة اختيارا فكذا اضطرارا قال ومن رمى صيدا فاصابه ولم يثخنه ولم يخرجه عن حيز الامتناع فرماه آخر فقتله فهو للثاني لانه هو الآخذ وقد قال عليه الصلاة والسلام الصيد لمن اخذ وان كان الاول اثخنه فرماه الثاني فقتله فهو للاول ولم يوكل لاحتمال الموت بالثاني وهو ليس بذكوة للقدرة على ذكوة الاختيار بخلاف الوجه الاول وهذا اذا كانت الرمية الاولى بحال ينجو منه الصيد لانه حينئذ يكون الموت مضافا الى الرمي الثاني اما اذا كان الاول بحال لا يسلم منه الصيد بان لا يبقى فيه من الحيوة الا بقدر ما يبقى في المذبوح كما اذا ابان راسه يحل لان الموت لا يضاف الى الرمي الثاني لان وجوده وعدمه بمنزلة وان كان الرمي الاول بحال يعيش منه الصيد الا انه تبقى فيه من الحيوة اكثر مما يكون بعد الذبح بان كان يعيش يوما او دونه فعلى قول ابي يوسف لا يحرم بالرمية الثانية لانه لا عبرة بهذا القدر من الحيوة عنده وعند محمد يحرم لان هذا القدر من الحيوة معتبر عنده على ما عرف من مذهبه فصار الجواب فيه والجواب فيما اذا كان الاول بحال يسلم منه الصيد سواء فلا يحل قال والثاني ضامن لقيمته للاول غير ما نقصته جراحته لانه بالرمي اتلف صيدا مملوكا له لانه ملكه بالرمي المثخن وهو منقوص بجراحته وقيمة المتلف تعتبر يوم الاتلاف قال رضي الله عنه

ولهذا اذا علم ان القتل حصل بالثاني بان كان الاول بحال يجوز ان يسلم الصيد والثاني بحال لا يسلم الصيد ليكون القتل كله مضافا الى الثاني وقد قتل حيوانا مملوكا للاول منقوصا بالجراحة فلا يضمنه كاملا كما اذا قتل عبدا مريضا وان علم ان الموت حصل من الجراحتين او لا يدري قال في الزيادات يضمن الثاني ما نقصته جراحته ثم يضمن نصف قيمته مجروحا بجراحتين ثم يضمن نصف قيمة لحمه اما الاول فلانه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد نقصه فيضمن ما نقصه اولا واما الثاني فلان الموت حصل بالجراحتين فيكون هو متلفا نصفه وهو مملوك لغيره فيضمن نصف قيمته مجروحا بالجراحتين لان الاولى ما كانت بصنعه والثانية ضمنها مرة فلا يضمنها ثانيا واما الثالث فلان بالرمية الاولى صار بحال يحل بذكوة الاختيار لولا رمي الثاني فهذا بالرمي الثاني افسد عليه نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن النصف الآخر لانه ضمنه مرة فدخل ضمان اللحم فيه وان كان رماه الاول ثانيا فالجواب في حكم الاباحة كالجواب فيما اذا كان الرامي غيره فيصير كما اذا رمى صيدا على قلة جبل فاثخنه ثم رماه ثانيا فانزله لا يحل لان الثاني يحرم كذا هذا قال ويجوز اصطياد ما يوكل لحمه من الحيوان وما لا يوكل لاطلاق ما تلونا والصيد لا يختص بماكول اللحم قال قائلهم صيد الملوك ارانب وثعالب واذا ركبت فصيدي الابطال ولان صيده سبب الانتفاع بجلده او شعره او ريشه او لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع

كتاب الرهن

الرهن لغة حبس الشيء باي سبب كان وفي الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون وهو مشروع لقوله تعالى فرهان مقبوضة ولما روي انه عليه السلام اشترى من يهودي طعاما ورهنه به درعه وقد انعقد على ذلك الاجماع ولانه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب وهي الكفالة قال الرهن ينعقد بالايجاب والقبول ويتم بالقبض قالوا الركن الايجاب بمجرده لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة والقبض شرط اللزوم على ما نبينه ان شاء الله تعالى وقال مالك يلزم بنفس العقد لانه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع ولانه عقد وثيقة فاشبه الكفالة ولنا ما تلوناه والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الامر ولانه عقد تبرع لما ان الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيا ولهذا لا يجبر عليه فلا بد من

لا مضمانه كما في الوصية وذكر بالقبض ثم يكتفى فيه بالتخلية في ظاهر الرواية لانه قبض
بحكم عقد مشروع فاشبه قبض المبيع وعن ابي يوسف انه لا يثبت في المنقول الا بالنقل
لانه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب بخلاف الشراء لانه ناقل للضمان من البائع
الى المشتري وليس بموجب ابتداء والاول اصح قال واذا قبضه المرتهن محوزا مفرغا
مميزا تم العقد فيه لوجود القبض بكماله فلزم العقد وما لم يقبضه فالراهن بالخيار
ان شاء سلمه وان شاء رجع عن الرهن لما ذكرنا ان اللزوم بالقبض اذ المقصود لا يحصل
قبله فاذا سلمه اليه فقبضه دخل في ضمانه وقال الشافعي هو امانة في يده ولا يسقط
شيء من الدين بهلاكه لقوله عليه السلام لا يغلق الرهن قالها ثلاثا لصاحبه غنمه وعليه
غرمه قال ومعناه لا يصير مضمونا بالدين ولان الرهن وثيقة بالدين فبهلاكه لا
يسقط الدين اعتبارا بهلاك الصك وهذا لان بعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة
والسقوط بالهلاك يضاد ما اقتضاه العقد اذ الحق به يصير بعرض الهلاك وهو
ضد الصيانة ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم للمرتهن بعدما نفق فرس الرهن عنده
ذهب حقك وقوله عليه السلام اذا عمي الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا اذا اشتبهت
قيمة الرهن بعدما هلك واجماع الصحابة والتابعين رضي الله تعالى عنهم اجمعين على ان الرهن
مضمون مع اختلافهم في كيفيته والقول بالامانة خرق له والمراد بقوله عليه السلام
لا يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي بان يصير مملوكا له كذا ذكره الكرخي عن
السلف ولانه الثابت للمرتهن يد الاستيفاء وهو ملك اليد والحبس لان الرهن ينبئ
عن الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة وقال قائلهم
وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فامسى الرهن قد غلقا والاحكام
الشرعية تنعطف على الالفاظ على وفق الانباء ولان الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء
وهو ان يكون موصلا اليه وذلك ثابت بملك اليد والحبس ليقع الامن من الجحود
مخافة جحود المرتهن الرهن ولكونه عاجزا عن الانتفاع به فيتسارع الى قضاء
الدين لحاجته او لضجره واذا كان كذلك ثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرر بالهلاك
فلو استوفاه ثانيا يؤدي الى الربا بخلاف حالة القيام لانه ينقض هذا الاستيفاء
بالرد على الراهن فلا يتكرر ولا وجه الى استيفاء الباقي من رقبته لانه لا يتصور
والاستيفاء يقع بالمالية اما العين امانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن
في حياته وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء اذا اشتراه

قوله

المرتهن لان العين امانة فلا ينوب عن قبض ضمان وموجب العقد ثبوت يد الاستيفاء
وبهذا يتحقق الصيانة وان كان في فراغ الذمة من ضرورته كما في الحوالة فتحصيل ان
عندنا حكم الرهن صيرورة الرهن محتبسا بدينه باثبات يد الاستيفاء عليه وعنده تعلق
الدين بالعين استيفاء منه عينا بالبيع ويخرج على هذين الاصلين عدة من المسائل
المختلف فيها بيننا وبينه عددناها في كفاية المنتهى جملة منها ان الراهن ممنوع عن
الاسترداد للانتفاع لانه يفوت موجبه وهو الاحتباس على الدوام وعنده لا يمنع
منه لانه لا ينافي موجبه وهو تعينه للبيع وسنبين الجواب في اثناء المسائل ان شاء الله
قال ولا يصح الرهن الا بدين مضمون لان حكمه ثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء يتلو الوجوب
قال رحمه الله ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها فانه يصح الرهن
بها ولا دين ويمكن ان يقال ان الموجب الاصلي فيها هو القيمة ورد العين مخلص
على ما عليه اكثر المشايخ وهو دين ولهذا تصح الكفالة بها ولئن كان لا يجب لكنه يجب
عند الهلاك بالقبض السابق ولهذا تعتبر قيمته يوم القبض فيكون رهنا بعد وجود
سبب وجوبه فيصح كما في الكفالة ولهذا لا يبطل الحوالة المقيدة به بهلاكه
بخلاف الوديعة قال وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين فاذا هلك في
يد المرتهن وقيمته والدين سواء صار المرتهن مستوفيا لدينه حكما وان كانت
قيمة الرهن اكثر فالفضل امانة لان المضمون بقدر ما يقع به الاستيفاء وذلك
بقدر الدين وان كانت قيمة الرهن اقل سقط من الدين بقدره ورجع المرتهن
بالفضل لان الاستيفاء بقدر المالية وقال زفر الرهن مضمون بالقيمة حتى لو
هلك الرهن وقيمته يوم الرهن الف وخمسمائة والدين الف رجع الراهن على المرتهن
بخمسمائة له حديث علي رضي الله عنه قال يترادان الفضل في الرهن ولان الزيادة
على الدين مرهونة لكونها محبوسة به فيكون مضمونة اعتبارا بقدر الدين ولنا ما
روي عن عمر وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهم ولان يد المرتهن يد الاستيفاء
فلا يوجب الضمان الا بالقدر المستوفي كما في حقيقة الاستيفاء والزيادة مرهونة
ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها فلا ضرورة في حق الضمان والمراد بالترادد
فيما روي حالة البيع فانه روي عنه رضي الله عنه انه قال المرتهن امين في الفضل قال
وللمرتهن ان يطالب الراهن بدينه ويحبسه به لان حقه باق بعد الرهن و
الرهن لزيادة الصيانة فلا تمتنع به المطالبة والحبس جزاء الظلم فاذا ظهر

الا بالهلاك كذا م

مطله عند القاضي يحبسه كما بيناه على التفصيل فيما تقدم واذا طلب المرتهن دينه يؤمر
باحضار الرهن لان قبض الرهن قبض استيفاء فلا يجوز ان يقبض ماله مع قيام يد
الاستيفاء لانه يتكرر بالاستيفاء على اعتبار الهلاك في يد المرتهن وهو محتمل
واذا احضره امر الراهن بتسليم الدين اليه اولا ليتعين حقه كما تعين حق الراهن تحقيقا
للتسوية كما في تسليم المبيع والثمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن اولا وان طالبه بالدين
في غير البلد الذي وقع العقد فيه ان كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة فكذلك
الجواب لان الاماكن كلها في حق التسليم كمكان واحد فيما ليس له حمل ومؤنة ولهذا
لا يشترط بيان مكان الايفاء فيه في باب السلم بالاجماع وان كان له حمل ومؤنة
يستوفي دينه ولا يكلف احضار الرهن لان هذا نقل والواجب عليه التسليم بمعنى
التخلية لا النقل من مكان الى مكان لانه يتضرر به زيادة الضرر ولم يلتزمه ولو
سلط الراهن العدل على بيع المرهون فباعه بنقد او نسيئة جاز لاطلاق الامر فلو
طالب المرتهن بالدين لا يكلف المرتهن احضار الرهن لانه لا قدرة له على الاحضار طالب ح
وكذا اذا امر المرتهن ببيعه فباعه ولم يقبض الثمن لانه صار دينا بالبيع بامر الراهن
فصار كان الراهن رهنه وهو دين ولو قبضه يكلف احضاره لقيام البدل
مقام المبدل الا ان الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن لانه هو العاقد فيه جمع
الحقوق اليه وكما يكلف احضار الرهن لاستيفاء كل الدين يكلف لاستيفاء
نجم قد حل لاحتمال الهلاك ثم اذا قبض الثمن يؤمر باحضاره لاستيفاء الدين
لقيامه مقام العين وهذا بخلاف ما اذا قتل رجل العبد الرهن خطأ حتى قضي
بالقيمة على عاقلته في ثلاث سنين لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر كل
القيمة لان القيمة خلف عن الرهن فلا بد من احضارها كلها كما لا بد من احضار
كل عين الرهن وما صارت قيمة بفعله وفيما تقدم صار دينا بفعل الراهن فلهذا
افترقا ولو وضع الرهن على يد العدل وامر ان يودعه غيره ففعل ثم جاء المرتهن
يطلب دينه لا يكلف احضار الرهن لانه لم يؤتمن عليه حيث وضع على يد غيره
فلم يكن تسليمه في قدرته ولو وضعه العدل في يد من في عياله وغاب وطلب
المرتهن دينه والذي في يده يقول اودعني فلان ولا ادري لمن هو يجبر
الراهن على قضاء الدين لان احضار الرهن ليس على المرتهن لانه لم يقبض شيئا
وكذا اذا غاب العدل بالرهن ولا يدري اين هو لما قلنا ولو ان الذي اودعه

العدل جحد الرهن وقال هو مالي لم يرجع المرتهن على الراهن بشيء حتى يثبت كونه
رهنا لانه لما جحد فقد توى المال والتوى على المرتهن فيتحقق استيفاء الدين
فلا يملك المطالبة به قال وان كان الرهن في يده ليس عليه ان يمكنه من البيع
حتى يقبضه الدين لان حكمه الحبس الدائم الى ان يقضي الدين على ما بيناه ولو قضاه بقبضه ح
البعض فله ان يحبس كل الرهن حتى يستوفي البقية اعتبارا بحبس المبيع فاذا قضاه
الدين قيل له سلم الرهن اليه لانه زال المانع من التسليم لوصول الحق الى مستحقه من ح
فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن ما قضاه لانه صار مستوفيا عند الهلاك
بالقبض السابق فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء فيجب رده وكذلك لو تفاسخا
الرهن له حبسه ما لم يقبض الدين او يبرئه ولا يبطل الرهن الا بالرد على الراهن
على وجه الفسخ لانه يبقى مضمونا ما بقي القبض والدين ولو هلك في يده يسقط
الدين اذا كان به وفاء بالدين لبقاء الرهن وليس للمرتهن ان ينتفع بالرهن
لا باستخدام ولا سكنى ولا لبس الا ان ياذن له المالك لان له حق الحبس دون
الانتفاع وليس له ان يبيع الا بتسليط من الراهن وليس له ان يؤاجر ويعير لانه
ليس له ولاية الانتفاع بنفسه فلا يملك تسليط غيره عليه فان فعل كان متعديا ولا
يبطل عقد الرهن بالتعدي قال وللمرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه وزوجته
وولده وخادمه الذي في عياله قال رح معناه ان يكون الولد في عياله ايضا
وهذا لان عينه امانة في يده فصار كالوديعة وان حفظه بغير من في عياله
او اودعه ضمن وهل يضمن الثاني فهو على الخلاف وقد ذكرنا جميع ذلك بدلائله بيناه ح
في الوديعة واذا تعدى المرتهن في الرهن ضمنه ضمان الغصب بجميع قيمته لان
الزيادة على مقدار الدين امانة والامانات تضمن بالتعدي ولو رهنه خاتما فجعله في خنصره
فهو ضامن لانه متعد بالاستعمال لانه غير ماذون فيه وانما الاذن بالحفظ واليمنى
واليسرى في ذلك سواء لان العادة في ذلك مختلفة ولو جعله في بقية الاصابع فيه ح
كان رهنا بما فيه لانه لا يلبس كذلك عادة فكان من باب الحفظ وكذلك الطيلسان
ان لبسه لبسا معتادا ضمن وان وضعه على عاتقه لم يضمن ولو رهنه سيفين او ثلاثة رهنه ح
فتقلدها لم يضمن في الثلاثة وضمن في السيفين لان العادة جرت بين الشجعان بتقلد
سيفين في الحرب ولم تجر بتقلد الثلاثة وان لبس خاتما فوق خاتم ان كان ممن
يتجمل بلبس خاتمين ضمن وان كان لا يتجمل بذلك فهو حافظ فلا يضمن قال

وأجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن على المرتهن وكذلك أجرة الحافظ وأجرة الراعي ونفقة
الرهن على الراهن والأصل أن ما يحتاج إليه لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن
سواء كان في الرهن فضل أو لم يكن لأن العين باق على ملكه وكذا منافعه مملوكة له
فيكون إصلاحه وتبقيته عليه لما أنه مؤنة ملكه كما في الوديعة وذلك مثل النفقة
في مأكله ومشربه وأجرة الراعي في معناه لأنه علف الحيوان ومن هذا الجنس كسوة
الرقيق وأجرة ظئر ولد الرهن وكري النهر وسقي البستان وتلقيح نخيله وجذاذه
والقيام بمصالحه وكل ما كان لحفظه أو لرده إلى يد المرتهن أو لرد جزء منه فهو على
المرتهن مثل أجرة الحافظ لأن الإمساك حق له والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه
وكذلك أجرة البيت الذي يحفظ الرهن فيه وهذا في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف
أن كراء المأوى على الراهن بمنزلة النفقة لأنه سعي في تبقيته ومن هذا القسم جعل
الآبق فإنه على المرتهن لأنه محتاج إلى إعادة يد الاستيفاء التي كانت له ليرده
فكانت من مؤنة الرد فيلزمه وهذا إذا كانت قيمة الرهن والدين سواء فإن
كانت قيمة الرهن أكثر فعليه بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر الزيادة عليه لأنه أمانة
في يده والرد لإعادة اليد ويده في الزيادة يد المالك إذ هو كالمودع فيها فلهذا
يكون على المالك وهذا بخلاف أجرة البيت الذي ذكرناه فإن كلها تجب على المرتهن
وإن كان في قيمة الرهن فضل لأن وجوب ذلك بسبب الحبس وحق الحبس في الكل
ثابت له فأما الجعل فإنما يلزمه لأجل الضمان فيتقدر بقدر المضمون ومداواة الجروح
والقروح ومعالجة الأمراض والفداء من الجناية ينقسم على المضمون والأمانة
والخراج على الراهن خاصة لأنه من مؤن الملك والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن
لتعلقه بالعين ولا يبطل الرهن في الباقي لأن وجوبه لا ينافي ملكه بخلاف
الاستحقاق وما أداه أحدهما مما وجب على صاحبه فهو متطوع وما أنفق أحدهما مما يجب
على الآخر بأمر القاضي رجع عليه كأن صاحبه أمره به لأن ولاية القاضي عليه خ
عامة وعن أبي حنيفة أنه لا يرجع إذا كان صاحبه حاضرا وإن كان بأمر القاضي
وقال أبو يوسف يرجع في الوجهين وهي مسألة الحجر فرع م

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

قال ولا يجوز رهن المشاع وقال الشافعي يجوز ولنا
فيه وجهان أحدهما يبتني على حكم الرهن فإنه عندنا ثبوت يد الاستيفاء وهذا
لا يتصور فيما تناوله العقد وهو المشاع وعنده الشائع يصلح لما هو الحكم عنده

وهو تعينه للبيع والثاني أن موجب الرهن هو الحبس الدائم لأنه لم يشرع إلا مقبوضا
بالنص وبالنظر إلى المقصود منه وهو الاستيثاق من الوجه الذي بيناه
وكل ذلك يتعلق بالدوام ولا يفضي إليه إلا باستحقاق الحبس ولو جوزناه استحقاق خ
في المشاع يفوت الدوام لأنه لا بد من المهايأة فيصير كما إذا قال رهنتك يوما
ويوما لا ولهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة وما لا يحتملها بخلاف الهبة حيث يجوز
فيما لا يحتمل القسمة لأن المانع في الهبة غرامة القسمة وهو فيما يقسم أما حكم الهبة
الملك والمشاع يقبله وههنا الحكم ثبوت يد الاستيفاء والمشاع لا يقبله
وإن كان لا يحتمل القسمة ولا يجوز من شريكه لأنه لا يقبل حكمه على الوجه الأول
وعلى الوجه الثاني فيسكن يوما بحكم الملك ويوما بحكم الرهن فيصير كأنه رهن يوما
ويوما لا والشيوع الطارئ يمنع بقاء الرهن في رواية الأصل وعن أبي يوسف
أنه لا يمنع لأن حكم البقاء أسهل من حكم الابتداء فأشبه حكم الهبة وجه الأول
أن الامتناع لعدم المحلية وما يرجع إليه فالابتداء والبقاء سواء كالمحرمية
في باب النكاح بخلاف الهبة لأن المشاع يقبل حكمها وهو الملك واعتبار القبض
في الابتداء لنفي الغرامة على ما بيناه ولا حاجة إلى اعتباره في حالة البقاء
ولهذا يصح الرجوع في بعض الهبة ولا يجوز فسخ العقد في بعض الرهن قال ولا
رهن ثمرة على رءوس النخيل دون النخيل ولا زرع في الأرض دون الأرض ولا
رهن النخيل في الأرض دونها لأن المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة فكان
في معنى الشائع وكذا إذا رهن الأرض دون النخيل أو دون الزرع أو النخيل دون
الثمر لأن الاتصال يقوم بالطرفين فصار الأصل أن المرهون إذا كان متصلا
بما ليس بمرهون لم يجز لأنه لا يمكن قبض المرهون وحده وعن أبي حنيفة أن رهن الأرض
بدون الشجر جائز لأن الشجر اسم للنابت فيكون استثناء الأشجار بمواضعها بخلاف
ما إذا رهن الدار دون البناء لأن البناء اسم للمبني فيصير راهنا جميع الأرض
وهي مشغولة بملك الراهن ولو رهن النخيل بمواضعها جاز لأن هذه مجاورة وهي
لا تمنع الصحة ولو كان فيه ثمر يدخل في الرهن لأنه تابع لاتصاله به فيدخل تبعا
تصحيحا للعقد بخلاف البيع لأن بيع النخيل بدون الثمر جائز فلا ضرورة إلى إدخاله
من غير ذكر وبخلاف المتاع في الدار حيث لا يدخل في رهن الدار من غير ذكر لأنه ليس بتبع
بوجه ما وكذا يدخل الزرع والرطبة في رهن الأرض ولا يدخل في البيع لما ذكرنا

أي الثمر ويدخل البناء والغرس في رهن الأرض والدار والقرية لما ذكرنا ولو رهن
الدار بما فيها جاز ولو استحق بعضه ان كان الباقي يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقي رهنا
بحصته والا بطل كله لأن الرهن جعل كأنه ما ورد الا على الباقي ويمنع التسليم كون
الراهن او متاعه في الدار المرهونة وكذا متاعه في الوعاء المرهون ويمنع تسليم الدابة
المرهونة الحمل عليها فلا يتم حتى يلقى الحمل لأنه شاغل لها بخلاف ما اذا رهن الحمل دونها
حيث يكون رهنا اذا دفعها اليه لأن الدابة مشغولة به فصار كما اذا رهن متاعا
في دار او وعاء دون الدار والوعاء بخلاف ما اذا رهن سرجا على دابة او لجاما
في رأسها ودفع الدابة مع السرج واللجام حيث لا يكون رهنا حتى ينزعه منها ثم
يسلمه اليه لأنه من توابع الدابة بمنزلة الثمر للنخيل حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر
قال ولا يصح الرهن بالأمانات كالودائع والعواري والمضاربات ومال
الشركة لأن القبض في باب الرهن قبض مضمون فلا بد من ضمان ثابت ليقع القبض
مضمونا ويتحقق استيفاء الدين منه وكذلك لا يصح بالأعيان المضمونة بغيرها كالمبيع
في يد البائع لأن الضمان ليس بواجب فإنه اذا هلك العين لم يضمن البائع شيئا لكنه يسقط
الثمن وهو حق البائع فلا يصح الرهن فأما الأعيان المضمونة بعينها وهو أن يكون
مضمونا بالمثل او بالقيمة عند هلاكه مثل المغصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح
عن دم العمد يصح الرهن بها لأن الضمان متقرر فإنه ان كان قائما وجب تسليمه وان
كان هالكا تجب قيمته فكان رهنا بما هو مضمون فيصح قال والرهن بالدرك
باطل والكفالة بالدرك جائزة والفرق ان الرهن شرع للاستيفاء ولا استيفاء
قبل الوجوب واضافة التمليك الى زمان في المستقبل لا يجوز اما الكفالة لالتزام المطالبة
والتزام الأفعال يصح مضافا الى المآل كما في الصوم والصلاة ولهذا يصح الكفالة
بما ذاب له على فلان ولا يصح الرهن به فلو قبضه قبل الوجوب فهلك عنده يهلك
امانة لأنه لا عقد حيث وقع باطلا بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو أن
يقول رهنتك لتقرضني ألف درهم وهلك في يد المرتهن حيث يهلك بما سمى من المال
بمقابلته لأن الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة ولأنه مقبوض بجهة الرهن
الذي يصح على اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء فيضمنه قال
ويصح الرهن برأس مال السلم وبثمن الصرف والمسلم فيه وقال زفر لا يجوز لأن حكمه
الاستيفاء وهذا استبدال لعدم المجانسة وباب الاستبدال فيها مسدود ولنا

ان المجانسة ثابتة في المالية فيتحقق الاستيفاء من حيث المال وهو المضمون على ما مر
قال والرهن بالمبيع باطل لما بينا انه غير مضمون بنفسه فان هلك ذهب بغير شيء لأنه
لا اعتبار للباطل فبقي قبضا باذنه وان هلك الرهن بثمن الصرف ورأس مال السلم
في مجلس العقد تم الصرف والسلم وصار المرتهن مستوفيا لتحقق القبض حكما وان افترقا
قبل هلاك الرهن بطلا لفوات القبض حقيقة وحكما وان هلك الرهن بالمسلم فيه
بطل السلم بهلاكه ومعناه انه يصير مستوفيا للمسلم فيه فلم يبق السلم ولو تفاسخا السلم
وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا برأس المال حتى يحبسه لأنه بدله فصار كالمغصوب
اذا هلك وبه رهن يكون رهنا بقيمته ولو هلك الرهن بعد الفسخ يهلك بالطعام
المسلم فيه وان كان محبوسا بغيره كمن باع عبدا وسلم المبيع واخذ بالثمن رهنا ثم
تقايلا البيع له ان يحبسه لأخذ المبيع لأن الثمن بدله ولو هلك المرهون يهلك
بالثمن لما بينا وكذا لو اشترى عبدا شراء فاسدا وادى ثمنه له ان يحبسه ليستوفي
الثمن ثم لو هلك المشترى في يد المشتري يهلك بقيمته قال ولا يجوز رهن الحر والمدبر
والمكاتب وام الولد لأن حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء ولا يتحقق الاستيفاء من
هؤلاء لعدم المالية في الحر وقيام المانع في الباقين ولا يجوز الرهن بالكفالة
بالنفس وكذا بالقصاص في النفس وما دونه لتعذر الاستيفاء بخلاف ما اذا كانت
الجناية خطأ لأن استيفاء الأرش من الرهن ممكن ولا يجوز بالشفعة لأن المبيع غير
مضمون على المشتري ولا بالعبد الجاني والعبد المديون لأنه غير مضمون على المولى
فإنه لو هلك لا يجب عليه شيء ولا بأجرة النائحة والمغنية حتى لو ضاع لم يكن مضمونا
لأنه لا يقابله شيء مضمون ولا يجوز للمسلم ان يرهن خمرا او يرتهنه من مسلم او ذمي
لتعذر الايفاء والاستيفاء في حق المسلم ثم الراهن اذا كان ذميا فالخمر مضمون
عليه للذمي كما اذا غصبه وان كان المرتهن ذميا لم يضمنها للمسلم كما لا يضمنها بالغصب
منه بخلاف ما اذا جرى ذلك فيما بينهم لأنها مال في حقهم واما الميتة فليست بمال عندهم
فلا يجوز رهنها وارتهانها فيما بينهم كما لا يجوز فيما بين المسلمين ولو اشترى عبدا
ورهن بثمنه عبدا او خلا او شاة مذبوحة ثم ظهر العبد حرا والخل خمرا والشاة
ميتة فالرهن مضمون لأنه رهنه بدين واجب ظاهرا وكذا اذا قتل عبدا ورهن
بقيمته رهنا ثم ظهر انه حر وهذا كله على ظاهر الرواية وكذا اذا صالح على انكار
ورهن بما صالح عليه رهنا ثم تصادقا ان لا دين فالرهن مضمون وعن ابي يوسف

خلاف ذلك وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه قال ويجوز للاب ان يرهن بدين عليه
عبدا لابنه الصغير لانه يملك الايداع وهذا انظر في حق الصبي منه لان قيام المرتهن
بحفظه ابلغ خيفة الغرامة ولو هلك يهلك مضمونا والوديعة تهلك امانة والوصي
بمنزلة الاب في هذا الباب لما بينا ٭ وعن ابي يوسف وزفر انه لا يجوز لكل منهما
وهو القياس اعتبارا بحقيقة الايفاء ووجه الفرق على الظاهر وهو الاستحسان
ان في حقيقة الايفاء ازالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال وفي هذا
نصب حافظ لماله ناجزا مع بقاء ملكه فوضح الفرق واذا جاز الرهن يصير المرتهن
مستوفيا دينه لو هلك في يده ويصير الاب والوصي موفيا له ويضمنه للصبي لانه
قضى دينه بماله وكذلك لو سلط المرتهن على بيعه لانه توكيل بالبيع وهما يملكانه
قالوا اصل هذه المسئلة البيع فان الاب والوصي اذا باع مال الصبي من غريم نفسه
جاز ويقع المقاصة ويضمنه للصبي عندهما وعند ابي يوسف لا يقع المقاصة وكذلك
وكيل البائع بالبيع والرهن نظير البيع نظرا الى عاقبته من حيث وجوب الضمان واذا
رهن الاب من نفسه او من ابن له صغير او عبد له تاجر لا دين عليه جاز لان الاب
لوفور شفقته انزل منزلة شخصين واقيمت عبارته مقام عبارتين في هذا العقد
كما في بيعه مال الصغير من نفسه فتولى طرفي العقد ولو ارتهنه الوصي من نفسه او من
هذين او رهن عينا له من اليتيم بحق لليتيم عليه لم يجز لانه وكيل محض والواحد لا
يتولى طرفي العقد في الرهن كما لا يتولاهما في البيع وهو قاصر الشفقة فلا يعدل
عن الحقيقة في حقه الحاقا له بالاب والرهن من الصغير ومن عبده التاجر الذي ليس ابنه م
عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه بخلاف ابنه الكبير وابيه وعبده الذي عليه دين
لانه لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع اذا باع من هؤلاء لانه متهم فيه ولا
تهمة في الرهن لان له حكما واحدا وان استدان الوصي لليتيم في كسوته وطعامه
فرهن به متاعا لليتيم جاز لان الاستدانة جائزة للحاجة والرهن يقع ايفاء للحق
فيجوز وكذا لو اتجر لليتيم فارتهن او رهن لان الاولى له التجارة تثميرا لمال اليتيم
فلا يجد بدا من الارتهان والرهن لانه ايفاء واستيفاء واذا رهن الاب
متاع الصغير فادرك الابن ومات الاب ليس للابن ان يرده حتى يقضي الدين
لوقوعه لازما من جانبه اذ تصرف الاب بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه
مقامه ولو كان الاب رهنه لنفسه فقضاه الابن رجع في مال الاب بذلك

لانه

لانه مضطر فيه لحاجته الى احياء ملكه فاشبه معير الرهن وكذلك اذا هلك قبل ان
يفتكه لان الاب يصير قاضيا دينه بماله فله ان يرجع عليه ولو رهنه بدين على نفسه
وبدين على الصغير جاز لاشتماله على امرين جائزين فان هلك ضمن الاب حصته
من ذلك للولد لايفائه دينه من ماله بهذا المقدار وكذلك الوصي وكذلك الجد
اب الاب اذا لم يكن الاب او وصي الاب ولو رهن الوصي متاعا لليتيم في دين
استدانه عليه وقبضه المرتهن ثم استعاره الوصي لحاجة اليتيم فضاع في يد الوصي
فانه خرج من الرهن وهلك من مال اليتيم لان فعل الوصي كفعله بنفسه بعد البلوغ لانه
استعاره لحاجة الصبي والحكم فيه هذا على ما بيناه ان شاء الله تعالى والمال دين على الوصي
معناه هو المطالب به ثم يرجع بذلك على الصبي لانه غير متعد في هذه الاعارة اذ هي يتعلق
لحاجة الصبي ولو استعاره لحاجة نفسه ضمنه للصبي لانه متعد اذ ليس له ولاية الاستعمال
في حاجة نفسه ولو غصبه الوصي بعد ما رهنه فاستعمله لحاجة نفسه حتى هلك عنده
فالوصي ضامن لقيمته لانه متعد في حق المرتهن بالغصب والاستعمال وفي حق الصبي بالاستعمال
في حاجة نفسه فيقضي به الدين ان كان قد حل فان كانت قيمته مثل الدين اداه
الى المرتهن ولا يرجع على اليتيم لانه وجب لليتيم عليه مثل ما وجب له على اليتيم فالتقيا
قصاصا وان كانت قيمته اقل من الدين ادى قدر القيمة الى المرتهن وادى الزيادة
من مال اليتيم لان المضمون عليه قدر القيمة لا غير ولو كانت قيمته اكثر من الدين ادى
قدر الدين الى المرتهن والفضل لليتيم وان كان لم يحل الدين فالقيمة رهن لانه ضامن
للمرتهن بتفويت حقه المحترم فيكون رهنا عنده ثم اذا حل الاجل كان الجواب على التفصيل
الذي فصلناه ولو انه غصبه واستعمله لحاجة الصغير حتى هلك في يده يضمنه لحق المرتهن لانه ويضمنه لحق الصغير م
استعمله لحاجة الصغير ليس بتعد وكذا الاخذ لان له ولاية اخذ مال اليتيم ولهذا
قال في كتاب الاقرار اذا اقر الاب والوصي بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء لانه لا يتصور
غصبه لما ان له ولاية الاخذ فاذا هلك في يده يضمنه المرتهن ياخذ به دينه ان كان
قد حل ويرجع الوصي على الصغير لانه ليس بمتعد بل هو عامل له وان كان لم يحل يكون
رهنا عند المرتهن ثم اذا حل الدين ياخذ دينه منه ويرجع الوصي على الصبي بذلك كذا
قال ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل والموزون لانه يتحقق الاستيفاء منه
فكان محلا للرهن فان رهنت بجنسها فهلكت هلكت بمثلها من الدين وان اختلفا
في الجودة لانه لا معتبر بالجودة عند المقابلة بجنسها وهذا عند ابي حنيفة لان عنده

نصفين مستوفيا باعتبار الوزن دون القيمة وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه ويكون رهنا
مكانه. ز في الجامع الصغير فان رهن ابريق فضة وزنه عشرة بعشرة فضاع فهو بما فيه
قال رضي الله عنه معناه ان يكون قيمته مثل وزنه والجواب في الوجهين بالاتفاق
لان الاستيفاء عنده باعتبار الوزن وعندهما باعتبار القيمة وهي مثل الدين في
الاول وزيادة عليه في الثاني فيصير بقدر الدين مستوفيا فان كانت قيمته اقل
من الاول فهو على الخلاف المذكور لهما انه لا وجه الى الاستيفاء بالوزن لما فيه من
الضرر بالمرتهن ولا الى اعتبار القيمة لانه يؤدي الى الربوا فصرنا الى التضمين بخلاف
الجنس لينتقض القبض ويجعل مكانه ثم يتملكه وله ان الجودة ساقطة العبرة في الاموال
الربوية عند المقابلة بجنسها واستيفاء الجيد بالردي جائز كما اذا تجوز به وقد حصل
الاستيفاء بالاجماع ولهذا يحتاج الى نقضه ولا يمكن نقضه بايجاب الضمان لانه
لا بد له من مطالب ومطالب وكذا الانسان لا يضمن ملك نفسه فيتعذر التضمين فيتعذر النقض
وقيل هذه فريعة ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد فهلكت ثم علم بالزيافة وهو معروف
غير ان البناء لا يصح على ما هو المشهور لان محمدا فيها مع ابي حنيفة وفي هذه مع ابي يوسف
والفرق لمحمد ان قبض الزيوف ليستوفي من عينها والزيافة لا تمنع الاستيفاء وقد تم
بالهلاك وقبض الرهن ليستوفي من محل آخر فلا بد من نقض القبض وقد امكن عنده
بالتضمين ولو انكسر الابريق ففي الوجه الاول وهو ما اذا كانت قيمته مثل وزنه عند
ابي حنيفة وابي يوسف لا يجبر على الفكاك لانه لا وجه الى ان يذهب شيء من الدين لانه
يصير قاضيا بالجودة على الانفراد ولا الى ان يفتكه مع النقصان لما فيه من الضرر
فخيرناه ان شاء افتكه بما فيه وان شاء ضمنه قيمته من جنسه او خلاف جنسه ويكون رهنا
عند المرتهن بالضمان وعند محمد ان شاء افتكه ناقصا وان شاء جعله بالدين اعتبارا
لحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا لانه لما تعذر الفكاك مجانا صار بمنزلة الهلاك
وفي الهلاك الحقيقي مضمون بالدين بالاجماع فكذا فيما هو في معناه قلنا الاستيفاء
عند الهلاك بالمالية وطريقه ان يكون مضمونا بالقيمة ثم تقع المقاصة وفي جعله بالدين
اغلاق الرهن وهو حكم جاهلي فكان التضمين بالقيمة اولى وفي الوجه الثاني
وهو ما اذا كانت قيمته اقل من وزنه ثمانية يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه او رديا
من جنسه ويكون رهنا عنده وهذا بالاتفاق وعندهما ظاهر وكذا عند محمد لانه
يعتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك والهلاك عنده بالقيمة وفي الوجه الثالث وهو

دينه م

والمكسور للراهن م

اذا

ما اذا كانت قيمته اكثر من وزنه اثني عشر عند ابي حنيفة يضمن قيمته ويكون رهنا عنده
لان العبرة للوزن عنده لا للجودة والرداءة فان كان باعتبار الوزن كله مضمونا
يجعل كله مضمونا وان كان بعضه فبعضه وهذا لان الجودة تابعة للذات ومتى صار
الاصل مضمونا استحال ان يكون التابع امانة وعند ابي يوسف يضمن خمسة اسداس
قيمته ويكون خمسة اسداس الابريق له بالضمان وسدسه يفرز حتى لا يبقى الرهن
شائعا ويكون مع قيمة خمسة اسداس المكسور رهنا فعنده يعتبر الجودة والرداءة
وتجعل زيادة القيمة كزيادة الوزن كان وزنه اثنى عشر وهذا لان الجودة متقومة
في ذاتها حتى تعتبر عند المقابلة بخلاف جنسها وفي تصرف المريض وان كانت
لا تعتبر عند المقابلة بجنسها سمعا فامكن اعتبارها وفي بيان قول محمد نوع
طول يعرف في موضعه من المبسوط والزيادات مع جميع شعبها قال ومن باع
عبدا على ان يرهنه المشتري شيئا بعينه جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز وعلى هذا
القياس والاستحسان اذا باع على ان يعطيه كفيلا معينا حاضرا في المجلس فقبل وجه القياس
انه صفقة في صفقة وهو منهي عنه ولانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة
لاحدهما ومثله يفسد البيع ووجه الاستحسان انه شرط ملائم للعقد لان الكفالة والرهن
للاستيثاق وانه يلائم الوجوب فاذا كان الكفيل حاضرا في المجلس والرهن معينا
اعتبرنا فيه المعنى وهو ملائم فصح العقد واذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا او كان
الكفيل غائبا حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة فبقي الاعتبار
لعينه فيفسد ولو كان غائبا فحضر في المجلس وقبل صح فلو امتنع المشتري عن تسليم
الرهن لم يجبر عليه وقال زفر يجبر لان الرهن اذا شرط في البيع صار حقا من
حقوقه كالوكالة المشروطة في الرهن على ما بيناه ولا جبر على التبرعات ولكن البائع
بالخيار ان شاء رضي بترك الرهن وان شاء فسخ البيع فيلزمه بلزومه ونحن نقول
الرهن عقد تبرع من جانب الراهن لانه وصف مرغوب فيه وما رضي الا به فيتخير
بفواته الا ان يدفع المشتري الثمن حالا لحصول المقصود او يدفع قيمة الرهن رهنا
لان يد الاستيفاء تثبت على المعنى وهو القيمة قال ومن اشترى ثوبا بدراهم
فقال للبائع امسك هذا الثوب حتى اعطيك الثمن فالثوب رهن لانه اتى بما ينبئ
عن معنى الرهن وهو الحبس الى وقت الاعطاء والعبرة في العقود للمعاني حتى كانت
الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة في ضمن ذلك كفالة وقال زفر

فيلزمه بلزومه ونحن نقول الرهن
عقد تبرع من جانب الراهن م

لا يكون رهنا في قول أبي يوسف لأن قوله أمسك يحتمل الرهن ويحتمل الإيداع والثاني أقلهما
فيقضى بثبوته بخلاف ما إذا قال أمسكه بدينك أو بمالك لأنه لما قابله بالدين فقد عين جهة
الرهن قلنا لما مده إلى الإعطاء علم أن مراده الرهن **فصل** ومن رهن عبدين
بألف فقضى حصة أحدهما لم يكن له أن يقبضه حتى يؤدي باقي الدين وحصة
كل واحد ما يخصه إذا قسم الدين على قيمتهما وهذا لأن الرهن محبوس بكل الدين فيكون
محبوسا بكل جزء من أجزائه مبالغة في حمله على قضاء الدين وصار كالمبيع في يد
البائع فإن سمى لكل واحد من أعيان الرهن شيئا من المال الذي رهنه به فكذلك الجواب
في رواية الأصل وفي الزيادات له أن يقبضه إذا أدى ما سمى له وجه الأول أن
العقد متحد لا يتفرق بتفرق التسمية كما في البيع ووجه الثاني أنه لا حاجة إلى الاتحاد
لأن أحد العقدين لا يصير مشروطا في الآخر ألا يرى أنه لو قبل الرهن في أحدهما
جاز قال وإن رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز
وجميعها رهن عند كل واحد منهما لأن الرهن أضيف إلى جميع العين في صفقة واحدة
ولا شيوع فيه وموجبه صيرورته محتبسا بالدين وهذا مما لا يقبل الوصف
بالتجزي فصار محبوسا بكل واحد منهما وهذا بخلاف الهبة من رجلين حيث لا يجوز
عند أبي حنيفة قال فإن تهايآ فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر
قال والمضمون على كل واحد منهما حصته لأن عند الهلاك يصير كل واحد منهما مستوفيا
حصته إذ الاستيفاء مما يتجزى قال فإن أعطى أحدهما دينه كان كله رهنا في يد
الآخر لأن جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق وعلى هذا حبس المبيع
إذا أدى أحد المشتريين حصته قال وإن رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنا
واحدا فهو جائز والرهن رهن بكل الدين وللمرتهن أن يمسكه حتى يستوفي جميع الدين
لأن قبض الرهن يحصل في الكل من غير شيوع قال فإن أقام الرجلان كل واحد منهما
البينة على رجل أنه رهنه عبده الذي في يده وقبضه فهو باطل لأن كل واحد منهما
أثبت ببينته أنه رهنه كل العبد ولا وجه إلى القضاء لكل واحد منهما بالكل لأن
العبد الواحد يستحيل أن يكون كله رهنا لهذا وكله رهنا لذلك في حالة واحدة
ولا إلى القضاء بكله لواحد بعينه لعدم الأولوية ولا إلى القضاء لكل واحد منهما
بالنصف لأنه يؤدي إلى الشيوع فتعذر العمل بهما وتعين التهاتر ولا يقال إنه
يكون رهنا لهما كأنهما ارتهناه معا إذا جهل التاريخ بينهما وجعل في كتاب الشهادات

هذا وجه الاستحسان لأنا نقول هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة لأن كل واحد منهما أثبت ببينته
حبسا يكون وسيلة إلى مثله في الاستيفاء وبهذا القضاء يثبت حبس يكون وسيلة إلى
شطره في الاستيفاء وليس هذا عملا على وفق الحجة وما ذكرناه إن كان قياسا لكن محمد
أخذ به لقوته وإذا وقع باطلا فلو هلك يهلك أمانة لأن الباطل لا حكم له قال
ولو مات الراهن والعبد في أيديهما فأقام كل واحد منهما البينة على ما وصفنا كان في يد
كل واحد منهما نصفه رهنا يبيعه بحقه استحسانا وهو قول أبي حنيفة ومحمد وفي القياس
هذا باطل وهو قول أبي يوسف لأن الحبس للاستيفاء حكم أصلي لعقد الرهن فيكون القضاء
به قضاء بعقد الرهن وأنه باطل للشيوع كما في حالة الحياة وجه الاستحسان أن العقد
لا يراد لذاته وإنما يراد لحكمه وحكمه في حالة الحياة الحبس والشيوع يضره وبعد الممات
الاستيفاء بالبيع في الدين والشيوع لا يضره وصار كما إذا ادعى الرجلان نكاح
امرأة أو ادعت أختان النكاح على رجل وأقاموا البينة تهاترت في حالة الحياة
ويقضى بالميراث بينهم بعد الممات لأنه يقبل الانقسام **باب الرهن يوضع على يد العدل**
قال وإذا اتفقا على وضع الرهن على يد عدل جاز وقال مالك لا يجوز ذكر قوله
في بعض النسخ لأن يد العدل يد المالك ولهذا يرجع العدل عليه عند الاستحقاق فانعدم القبض
ولنا أن يده على الصورة يد المالك في الحفظ إذ العين أمانة وفي حق المالية يد المرتهن
لأن يده يد ضمان والمضمون هو المالية فنزل منزلة الشخصين تحقيقا لما قصداه من الرهن
وإنما يرجع العدل على المالك في الاستحقاق لأنه نائب عنه في حفظ العين كالمودع قال
وليس للمرتهن ولا للراهن أن يأخذه منه لتعلق حق الراهن في الحفظ بيده وأمانته
وتعلق حق المرتهن به استيفاء فلا يملك أحدهما إبطال حق الآخر فلو هلك في يده
هلك في ضمان المرتهن لأن يده في حق المالية يد المرتهن وهي المضمونة ولو دفع العدل
إلى الراهن أو المرتهن ضمن لأنه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن في حق المالية
وأحدهما أجنبي عن الآخر والمودع يضمن بالدفع إلى الأجنبي وإذا ضمن العدل قيمة الرهن
بعدما دفع إلى أحدهما وقد استهلكه المدفوع إليه أو هلك في يده لا يقدر أن يجعل القيمة
رهنا في يده لأنه يصير قاضيا ومقتضيا وبينهما تناف لكن يتفقان على أن يأخذاها
منه ويجعلاها رهنا عنده أو عند غيره وإن تعذر اجتماعهما يرفع أحدهما إلى القاضي
ليفعل كذلك ولو فعل ذلك ثم قضى الراهن الدين وقد ضمن العدل القيمة بالدفع
إلى الراهن فالقيمة سالمة له لوصول المرهون إلى الراهن ووصول الدين إلى

المرتهن ولا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد وان كان ضمنها بالدفع الى المرتهن
فللراهن ان يأخذ القيمة منه لان العين لو كانت قائمة في يده يأخذه اذا ادى الدين
فكذلك يأخذ ما قام مقامه ولا يجمع فيه بين البدل والمبدل قال فاذا وكل الراهن
المرتهن او العدل او غيرهما ببيع الرهن عند حلول الدين فالوكالة جائزة لانه توكيل
ببيع ماله وان شرطت في عقد الرهن فليس للراهن ان يعزل الوكيل وان عزله لم
ينعزل لانها لما شرطت في ضمن عقد الرهن صار وصفا من اوصافه وحقا من حقوقه
الا ترى انه لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم اصله ولانه تعلق به حق المرتهن وفي العزل
اتواء حقه وصار كالوكيل بالخصومة بطلب المدعي ولو وكله بالبيع مطلقا حتى ملك
البيع بالنقد والنسيئة ثم نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه لانه لازم باصله وكذا
بوصفه لما ذكرنا وكذا اذا عزله المرتهن لا ينعزل لانه لم يوكله وانما وكله غيره
وان مات الراهن لم ينعزل لان الرهن لا يبطل بموته ولانه لو بطل انما يبطل لحق الورثة
وحق المرتهن مقدم قال وللوكيل ان يبيعه بغير محضر من الورثة كما يبيعه في حال
حيوته بغير محضر منه وان مات المرتهن فالوكيل على وكالته لان العقد لا يبطل
بموتهما ولا بموت احدهما فيبقى بحقوقه واوصافه وان مات الوكيل انتقضت
الوكالة ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لان الوكالة لا يجري فيها الارث
ولان الموكل رضي برأيه لا برأي غيره وعن ابي يوسف ان وصي الوكيل يملك
بيعه لان الوكالة لازمة فيملكه الوصي كالمضارب اذا مات بعد ما صار رأس
المال اعيانا قلنا التوكيل حق لازم لكن عليه والارث يجري فيما له بخلاف
المضاربة لانها حق المضارب وليس للمرتهن ان يبيعه الا برضا الراهن لانه ملكه
وما رضي ببيعه وليس للراهن ان يبيعه الا برضا المرتهن لان المرتهن احق بماليته
من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع قال فان حل الاجل وابى الوكيل في
الذي
يده الرهن ان يبيعه والراهن غائب اجبر على بيعه لما ذكرنا من الوجهين في لزومه
وكذلك الرجل يوكل غيره بالخصومة وغاب الموكل فابى ان يخاصم اجبر على الخصومة
للوجه الثاني لان فيه اتواء الحق بخلاف الوكيل بالبيع لان الموكل يبيع بنفسه فلا
يتوى حقه اما المدعي لا يقدر على الدعوى والمرتهن لا يملك بيعه فلو لم يكن التوكيل
مشروطا في عقد الرهن وانما شرط بعده قيل لا يجبر اعتبارا للوجه الاول وقيل
يجبر رجوعا الى الوجه الثاني وهذا اصح وعن ابي يوسف ان الجواب في الفصلين واحد

يملك وصي المضارب بيعها لما انه لازم بعد ما صار اعيانا م

ان لو بيع الطلاق فالجواب في الجامع الصغير وفي الاصل واذا باع العدل الرهن فقد خرج
من الرهن والثمن قائم مقامه فكان رهنا وان لم يقبض بعد لقيامه مقام ما كان
مقبوضا واذا توى كان مال المرتهن لبقاء عقد الرهن في الثمن لقيامه مقام المبيع
المرهون وكذلك اذا قتل العبد الرهن وغرم القاتل قيمته لان المالك يستحقه من حيث
المالية وان كان بدل الدم فاخذ حكم ضمان المال في حق المستحق فبقي عقد الرهن
وكذلك لو قتله عبد فدفع به لانه قائم مقام الاول لحما ودما قال فان باع
العدل الرهن فاوفى المرتهن الثمن ثم استحق الرهن فضمن العدل الرهن كان بالخيار
نضمنه العدل
ان شاء ضمن الراهن قيمته وان شاء ضمن المرتهن الثمن الذي اعطاه وليس له ان
يضمنه غيره وكشف هذا ان المرهون المبيع اذا استحق اما ان يكون هالكا او قائما
ففي الوجه الاول المستحق بالخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته لانه غاصب في حقه و
ان شاء ضمن العدل لانه متعد في حقه بالبيع والتسليم فان ضمن الراهن نفذ البيع
وصح الاقتضاء لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه امر ببيع ملك نفسه وان
ضمن العدل ينفذ البيع ايضا لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه باع ملك نفسه
واذا ضمن العدل فالعدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه وكيل
من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ونفذ البيع وصح الاقتضاء
فلا يرجع المرتهن عليه بشيء من دينه وان شاء رجع على المرتهن بالثمن لانه
تبين انه اخذ الثمن بغير حق لانه ملك العبد باداء الضمان ونفذ بيعه عليه فصار
الثمن له وانما اداه اليه على حسبان انه ملك الراهن فاذا تبين انه ملكه لم يكن
راضيا به فله ان يرجع عليه واذا رجع بطل الاقتضاء فيرجع المرتهن على الراهن
بدينه وفي الوجه الثاني وهو ان يكون قائما في يد المشتري فللمستحق ان ياخذه
من يده لانه وجد عين ماله ثم للمشتري ان يرجع على العدل بالثمن لانه العاقد
فيتعلق به حقوق العقد وهذا من حقوقه حيث وجب بالبيع وانما اداه ليسلم له
المبيع ولم يسلم ثم العدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه هو الذي ادخله
في العهدة فيجب عليه تخليصه واذا رجع عليه صح قبض المرتهن لان المقبوض سلم له
وان شاء رجع على المرتهن لانه اذا انتقض العقد بطل الثمن وقد قبضه ثمنا
فيجب نقض قبضه ضرورة واذا رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه في الدين
كما كان فيرجع به على الراهن ولو ان المشتري سلم الثمن الى المرتهن لم يرجع على العدل

لانه في البيع عامل للراهن وانما يرجع عليه اذا قبض لم يقبض ضمن القيمة على الموكل ولو
كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط في العقد فالحق العهدة من الجهة يرجع به
على الراهن قبض المرتهن الثمن ام لا لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا رجوع
كما في الوكالة المفردة عن الرهن اذا باع الوكيل ودفع الثمن الى من امره الموكل ثم لحقته
عهدة لا يرجع به على المقتضي بخلاف الوكالة المشروطة في العقد لانه تعلق به حق المرتهن
فيكون البيع لحقه قال رضه هكذا ذكر الكرخي وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر الوكيل
على البيع قال وان مات العبد المرهون في يد المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار
ان شاء ضمن الراهن وان شاء ضمن المرتهن لان كل واحد منهما متعد في حقه بالتسليم
او بالقبض فان ضمن الراهن فقد مات بالدين لانه ملكه باداء الضمان فصح الايفاء
وان ضمن المرتهن القيمة يرجع على الراهن بما ضمن من القيمة وبدينه اما بالقيمة فلانه
مغرور من جهة الراهن واما بالدين فلانه انتقض اقتضاؤه فيعود حقه كما كان
فان قيل لما كان قرار الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه والملك في المضمون
يثبت لمن عليه قرار الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه فصار كما اذا ضمن المستحق الراهن
ابتداء قلنا هذا طعن ابي خازم القاضي والجواب عنه انه يرجع عليه بسبب الغرور
والغرور بالتسليم كما ذكرناه او لانه ينتقل من المرتهن اليه كانه وكيل منه في الملك
بكل ذلك متاخر عن عقد الرهن بخلاف الوجه الاول لان المستحق يضمنه باعتبار القبض
السابق على الرهن فيستند الملك اليه فتبين انه رهن ملك نفسه وقد طولنا
الكلام فيه في كفاية المنتهى

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

قال واذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن فالبيع موقوف لتعلق حق الغير به
وهو المرتهن فيتوقف على اجازته وان كان الراهن يتصرف في ملكه كمن اوصى
بجميع ماله يتوقف على اجازة الورثة فيما زاد على الثلث لتعلق حقهم به قال فان اجاز المرتهن
جاز لان التوقف لحقه وقد رضي بسقوطه وان قضاه الراهن دينه جاز
ايضا لانه زال المانع من النفوذ والمقتضي موجود وهو التصرف الصادر من الاهل
في المحل واذا نفذ البيع باجازة المرتهن ينتقل حقه الى بدله هو الصحيح لان حقه تعلق
بالمالية والبدل له حكم المبدل فصار كالعبد المديون اذا بيع برضا الغرماء ينتقل
حقهم الى البدل لانهم رضوا بالانتقال دون السقوط راسا فكذا هذا وان لم يجز
المرتهن البيع وفسخه انفسخ في رواية حتى لو افتك الراهن الرهن لا سبيل للمشتري عليه

لان الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك له انما تستضرون صيانة حقه
وحقه في الحبس لا يبطل بانعقاد هذا العقد فبقي موقوفا فان شاء المشتري صبر
حتى يفتك الراهن الرهن اذ العجز على شرف الزوال وان شاء رفع الامر الى القاضي
وللقاضي ان يفسخ لفوات القدرة على التسليم وولاية الفسخ الى القاضي لا اليه
وصار كما اذا ابق العبد المشتري قبل القبض فانه يتخير المشتري لما ذكرنا كذا هذا
ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه بيعا ثانيا من غيره قبل ان يجيزه المرتهن فالثاني
موقوف ايضا على اجازته لان الاول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثاني
فلو اجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني ولو باع الراهن ثم اجر او رهن او وهب
من غيره واجاز المرتهن هذه العقود جاز البيع الاول والفرق ان المرتهن ذو
حظ من البيع الثاني لانه يتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه لتعلق فائدته به اما لا حق
له في هذه العقود لانه لا بدل في الهبة والرهن والذي في الاجارة بدل المنفعة
لا بدل العين وحقه في مالية العين لا في المنفعة فكانت اجازته اسقاطا
لحقه فزال المانع فنفذ البيع الاول فوضح الفرق قال ولو اعتق الراهن عبد
الرهن نفذ عتقه وفي بعض اقوال الشافعي لا ينفذ اذا كان المعتق معسرا
لان في تنفيذه ابطال حق المرتهن فاشبه البيع بخلاف ما اذا كان موسرا حيث
ينفذ على بعض اقواله لانه لا يبطل حقه معنى بالتضمين وبخلاف اعتاق المستاجر
لان الاجارة تبقى مدتها اذ الحر يقبلها اما لا يقبل الرهن فلا يبقى ولنا
انه مخاطب اعتق ملك نفسه فلا يلغى تصرفه بعدم اذن المرتهن كما اذا اعتق
العبد المشتري قبل القبض واعتق الآبق والمغصوب ولا خفاء في قيام ملك
الرقبة لقيام المقتضي وعارض الرهن لا ينبئ عن زواله ثم اذا زال ملكه في الرقبة
باعتاقه يزول ملك المرتهن في اليد بناء عليه كاعتاق العبد المشترك بل اولى
لان ملك الرقبة اقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الاعلى لا يمنع الادنى بطريق الاولى
وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم واعتاق الوارث
العبد الموصى برقبته لا يلغو بل يؤخر الى اداء السعاية عند ابي حنيفة واذا نفذ
الاعتاق بطل الرهن لفوات محله ثم بعد ذلك ان كان الراهن موسرا والدين
حالا طولب باداء الدين لانه لو طولب باداء القيمة يقع المقاصة بقدر الدين
فلا فائدة فيه وان كان الدين مؤجلا اخذت منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه

حتى يحل الدين لان كسب الضمان يتحقق في التضمين فائدة واذا حل الدين اقتضاه بحقه
اذا كان من جنس حقه ورد الفضل وان كان معسرا سعى العبد في قيمته وقضى به
الدين الا اذا كان بخلاف جنس حقه لانه لما تعذر الوصول الى حقه من جهة المعتق
يرجع الى من ينتفع بعتقه وهو العبد لان الخراج بالضمان قال رضي الله عنه ولهذا اذا
كانت القيمة اقل من الدين اما اذا كان الدين اقل يسعى في قدر الدين ثم يرجع بما يسعى
على مولاه اذا ايسر لانه قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع فيرجع عليه بما تحمل عنه
بخلاف المستسعى في الاعتاق لانه يؤدي ضمانا عليه لانه يسعى لتحصيل العتق عنده
وعندهما لتكميله وهنا يسعى في ضمان على غيره بعد تمام اعتاقه فصار كمعير
الرهن ثم ابو حنيفة اوجب السعاية في المستسعى المشترك في حالتي اليسار والاعسار
وفي العبد المرهون شرط الاعسار لان الثابت للمرتهن حق الملك وانه دون
حقيقته الثابت للشريك فلذا اوجبنا السعاية ههنا في حالة واحدة اظهارا لنقصان
رتبته بخلاف المشتري قبل القبض اذا اعتقه المشتري حيث لا يسعى للبائع الا رواية
عن ابي يوسف والمرهون يسعى لان حق البائع في الحبس اضعف لان البائع لا يملكه
في الآخرة ولا يستوفي من عينه وكذلك يبطل حقه في الحبس بالاعارة من المشتري
والمرتهن ينقلب حقه ملكا ولا يبطل حقه بالاعارة من الراهن حتى يمكنه الاسترداد
فلو اوجبنا السعاية فيهما لسوينا بين الحقين وذلك لا يجوز ولو اقر المولى برهن
عبده بان قال له رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم اعتقه تجب السعاية عندنا
خلافا لزفر هو يعتبره باقراره بعد العتق ونحن نقول اقر بتعلق الحق في حال
يملك التعليق فيه لقيام ملكه فيصح بخلاف ما بعد العتق لانه حال انقطاع الولاية
قال ولو دبره الراهن صح تدبيره بالاتفاق اما عندنا فظاهر وكذا عنده لان
التدبير لا يمنع البيع على اصله ولو كانت امة فاستولدها الراهن صح الاستيلاد
بالاتفاق لانه يصح بادنى الحقين وهو ما للاب في جارية الابن فيصح بالاعلى
واذا صحا خرجا من الرهن لبطلان المحلية اذ لا يصح استيفاء الدين منهما فان
كان الراهن موسرا ضمن قيمتهما على التفصيل الذي ذكرناه في الاعتاق وان كان
معسرا استسعى المرتهن المدبر وام الولد في جميع الدين لان كسبهما مال المولى
بخلاف المعتق حيث يسعى في الاقل من الدين ومن القيمة لان كسبه حقه والمحتبس عنده
ليس الا قدر القيمة فلا يزاد عليه وحق المرتهن بقدر الدين فلا تلزمه الزيادة

ولا يرجعان

ولا يرجعان بما يؤديان على المولى بعد اليسار لانهما اداياه من مال المولى والمعتق
يرجع لانه ادى ملكه عنه وهو مضطر على ما مر وقيل الدين اذا كان مؤجلا يسعى
المدبر في قيمته قيل لانه عوض الرهن حتى يحبس مكانه فيتقدر بقدر العوض
بخلاف ما اذا كان حالا لانه يقضى به الدين ولو اعتق الراهن المدبر وقد قضي
عليه بالسعاية ولم يقبض لم يسع الا بقدر القيمة لان كسبه بعد العتق ملكه وما
اداه قبل العتق يرجع به على مولاه لانه اداه من مال المولى وكذلك لو
استهلك الراهن الرهن لانه حق محترم مضمون عليه بالاتلاف والضمان رهن
في يد المرتهن لقيامه مقام العين فان استهلكه اجنبي فالمرتهن هو الخصم في تضمينه
فيأخذ القيمة وتكون رهنا في يده لانه احق بعين الرهن حال قيامه فكذا في استرداد
ما قام مقامه والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك فان كانت قيمته يوم
استهلكه خمسمائة ويوم رهن الفا غرم خمسمائة وكانت رهنا وسقط من الدين
خمسمائة لانتقاض الحكم في الخمسمائة الزيادة كانها هلكت بآفة سماوية والمعتبر في
ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الفكاك لان القبض السابق مضمون عليه
لانه قبض استيفاء الا انه يتقرر عند الهلاك ولو استهلكه المرتهن والدين
مؤجل غرم القيمة لانه اتلف ملك الغير وكانت رهنا في يده حتى يحل لان الضمان
بدل العين فاخذ حكمه واذا حل الدين وهو على صفة القيمة استوفى المرتهن
منها قدر حقه لانه جنس حقه ثم ان كان فيه فضل يرده على الراهن لانه بدل
ملكه وقد فرغ عن حق المرتهن وان نقصت عن الدين بتراجع السعر الى خمسمائة
وقد كانت قيمته يوم الرهن الفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين
خمسمائة لان ما انتقص كالهالك وسقط الدين بقدره وتعتبر قيمته يوم القبض
وهو مضمون بالقبض السابق لان تراجع السعر وجب عليه الباقي بالاتلاف وقيمته
يوم التلف قال واذا اعار المرتهن الرهن للراهن ليخدمه او ليعمل له عملا فقبضه خرج
من ضمان المرتهن لمنافاة بين يد العارية وبين يد الرهن فان هلك في يد الراهن هلك
بغير شيء لفوات القبض المضمون وللمرتهن ان يسترجعه الى يده لان عقد الرهن
باق الا في حكم الضمان في الحال الا ترى انه لو هلك الراهن قبل ان يرده على
المرتهن كان المرتهن احق به من سائر الغرماء وهذا لان يد العارية ليست بلازمة
والضمان ليس من لوازم الرهن على كل حال الا ترى ان حكم الرهن ثابت في ولد

الرهن وان لم يكن مضمونا بالهلاك واذا بقي عقد الرهن فاذا اخذه عاد الضمان
لانه عاد القبض في عقد الرهن فيعود بصفته وكذلك لو اعاره احدهما اجنبيا
باذن الآخر سقط حكم الضمان لما قلنا ولكل واحد منهما ان يرده رهنا كما كان لان
لكل واحد حقا محترما فيه وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من اجنبي اذا باشرها
احدهما باذن الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود الا بعقد مبتدأ ولو مات الراهن
قبل الرد الى المرتهن يكون المرتهن اسوة للغرماء لانه تعلق بالرهن حق لازم بهذه
التصرفات فبطل به حكم الرهن اما بالعارية لم يتعلق به حق لازم فافترقا
واذا استعار المرتهن الرهن من الراهن ليعمل به فهلك قبل ان ياخذ في العمل هلك على
ضمان الرهن لبقاء يد الرهن وكذا اذا هلك بعد الفراغ من العمل لارتفاع يد العارية
ولو هلك في حالة العمل هلك بغير ضمان لثبوت يد العارية بالاستعمال وهي مخالفة ليد
الرهن فانتفى الضمان وكذا اذا اذن الراهن المرتهن بالاستعمال لما بيناه ومن استعار
من غيره ثوبا ليرهنه فما رهنه به من قليل او كثير فهو جائز لانه متبرع باثبات
ملك اليد فيعتبر بالتبرع باثبات ملك العين واليد وهو قضاء الدين ويجوز ان
ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا للمرتهن كما ينفصل زوالا في حق البائع
والاطلاق واجب الاعتبار خصوصا في الاعارة لان الجهالة فيها لا تفضي الى
المنازعة ولو عين قدرا لا يجوز للمستعير ان يرهنه باكثر منه ولا باقل منه لان
التقييد مفيد وهو ينفي الزيادة لان غرضه الاحتباس بما تيسر اداؤه وينفي
النقصان ايضا لان غرضه ان يصير مستوفيا للاكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع
عليه وكذلك التقييد بالجنس وبالمرتهن وبالبلد لان كل ذلك مفيد لتيسر البعض
بالاضافة الى البعض وتفاوت الاشخاص في الامانة والحفظ واذا خالف كان
ضامنا ثم ان شاء المعير ضمن المستعير ويتم عقد الرهن فيما بينه وبين المرتهن لانه
ملكه باداء الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه وان شاء ضمن المرتهن ويرجع المرتهن
بما ضمن وبالدين على الراهن وقد بيناه في الاستحقاق وان وافق بان رهنه بمقدار
ما امره به ان كانت قيمته مثل الدين او اكثر فهلك عند المرتهن بطل المال عن الراهن
لتمام الاستيفاء بالهلاك ووجب مثله لرب الثوب على الراهن لانه صار قاضيا
دينه بماله بهذا القدر وهو الموجب للرجوع دون القبض بذاته لانه برضاه
وكذلك اذا اصابه عيب ذهب من الدين بحسابه ووجب مثله لرب الثوب على الراهن

على ما بيناه

على ما بيناه وان كانت قيمته اقل من الدين ذهب بقدر القيمة وعلى الراهن بقيته
للمرتهن لانه لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته وعلى الراهن لصاحب الثوب ما
صار به موفيا لما بينا ولو كانت قيمته مثل الدين فاراد المعير ان يفتكه جبرا
عن الراهن لم يكن للمرتهن اذا قضى دينه ان يمتنع لانه غير متبرع حيث يخلص ملكه
ولهذا يرجع على الراهن بما ادى فاجبر المرتهن على الدفع بخلاف الاجنبي اذا قضى
الدين لانه متبرع اذ هو لا يسعى في تخليص ملكه ولا في تفريغ ذمته فكان للطالب
ان لا يقبله ولو هلك الثوب العارية عند الراهن قبل ان يرهنه او بعد ما افتكه
فلا ضمان عليه لانه لا يصير قاضيا بهذا وهو الموجب على ما بيناه ولو اختلفا في ذلك
فالقول للراهن لانه ينكر الايفاء بدعواه الهلاك في هاتين الحالتين ولو اختلفا
في مقدار ما امره بالرهن به فالقول للمعير لان القول قوله في انكار اصله فكذا في
انكار وصفه ولو رهنه المستعير بدين موعود وهو ان يرهنه ليقرضه كذا فهلك
في يد المرتهن قبل الاقراض والمسمى والقيمة سواء يضمن قدر الموعود المسمى لما بينا
انه كالموجود ويرجع المعير على الراهن بمثله لان سلامة مالية الرهن باستيفائه
من المرتهن كسلامته ببراءة ذمته عنه ولو كانت العارية عبدا فاعتقه المعير جاز
لقيام ملك الرقبة ثم المرتهن بالخيار ان شاء رجع بالدين على الراهن لانه لم يستوفه
وان شاء ضمن المعير قيمته لان الحق قد تعلق برقبته وقد اتلفه بالاعتاق
ويكون رهنا عنده الى ان يقبض دينه فيردها الى المعير لان استرداد القيمة
كاسترداد العين ولو استعار عبدا او دابة ليرهنه فاستخدم العبد وركب الدابة
قبل ان يرهنهما ثم رهنهما بمال مثل قيمتهما ثم قضى المال فلم يقبضهما حتى هلكا عند
المرتهن فلا ضمان على الراهن لانه قد برئ من الضمان حين رهنهما فانه كان امينا
خالف ثم عاد الى الوفاق وكذلك اذا افتك الرهن ثم ركب الدابة او استخدم العبد
فلم يعطب ثم عطب بعد ذلك من غير صنعه لا يضمن لانه بعد الافتكاك بمنزلة المودع
لا بمنزلة المستعير لانتهاء حكم الاستعارة بالافتكاك وقد عاد الى الوفاق
فيبرأ عن الضمان وهذا بخلاف المستعير لان يده يد نفسه فلا يبرأ الا بالوصول
الى يد المالك اما المستعير في الرهن يحصل مقصود الآمر وهو الرجوع عليه عند الهلاك
وتحقق الاستيفاء قال وجناية الراهن على الرهن مضمونة لانه تفويت حق
لازم محترم وتعلق مثله بالمال يجعل المالك كالاجنبي في حق الضمان كتعلق حق الورثة

كما

محترمة

لان المريض مرض الموت يمنع نفاذ تبرعه فيما وراء الثلث والعبد الموصى بخدمته
اذا اتلفه الورثة ضمنوا قيمته ليشترى بها عبد يقوم مقامه قال وجناية المرتهن عليه
تسقط من دينه بقدرها ومعناه ان يكون الضمان على صفة الدين وهذا لان
العين ملك المالك وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه لمالكه قال وجناية الرهن
على الراهن والمرتهن وعلى مالهما هدر وهذا عند ابي حنيفة وقالا جنايته على المرتهن
معتبرة والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال اما الوفاق فيه فلان جناية المملوك
على المالك الا ترى انه لو مات كان الكفن عليه بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه
لان الملك عند اداء الضمان يثبت للغاصب مستندا حتى يكون الكفن عليه فكانت
جناية على غير المالك فاعتبرت واما في الخلافية فلان الجناية حصلت على غير مالكه وفي
الاعتبار فائدة وهو دفع العبد اليه بالجناية فيعتبر ثم ان شاء الراهن والمرتهن
ابطلا الرهن ودفعاه بالجناية الى المرتهن وان قال المرتهن لا اطلب الجناية
فهو رهن على حاله وله ان هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير من
الجناية لانها حصلت في ضمانه فلا يفيد وجوب الضمان له مع وجوب التخليص
عليه وجنايته على مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق اذا كانت قيمته والدين سواء
لانه لا فائدة في اعتباره لانه لا يتملك العبد وهو الفائدة وان كانت القيمة اكثر
من الدين فعن ابي حنيفة انه يعتبر بقدر الامانة لان الفضل ليس في ضمانه فاشبه
جناية العبد الوديعة على المستودع وعنه انه لا يعتبر لان حكم الرهن وهو الحبس
فيه ثابت فصار كالمضمون وهذا بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن او ابن
المرتهن لان الاملاك حقيقة متباينة فصار كالجناية على الاجنبي قال ومن رهن
عبدا يساوي الفا بالف الى اجل فنقص في السعر فرجعت قيمته الى مائة ثم قتله رجل
فغرم قيمته مائة ثم حل الاجل فان المرتهن يقبض المائة قضاء عن حقه ولا يرجع
على الراهن بشيء واصله ان النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين
عندنا خلافا لزفر هو يقول ان المالية قد انتقصت فاشبه انتقاص العين ولنا
ان نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس وذلك لا يعتبر في البيع حتى
لا يثبت به الخيار ولا في الغصب حتى لا يجب الضمان بخلاف نقصان العين لان
بفوات جزء منه يتقرر الاستيفاء فيه اذ اليد يد الاستيفاء واذا لم يسقط
شيء من الدين بنقصان السعر بقي مرهونا بكل الدين فاذا قتله حر غرم قيمته

مائة لانه يعتبر قيمته يوم الاتلاف في ضمان الاتلاف لان الجابر بقدر الفائت
واخذه المرتهن لانه بدل المالية في حق المستحق وان كان مقابلا بالدم على اصلنا
حتى لا يزاد على دية الحر لان المولى استحقه بسبب المالية وحق المرتهن متعلق بالمالية
فكذا فيما قام مقامه ثم لا يرجع على الراهن بشيء لان يد الرهن يد الاستيفاء
من الابتداء وبالهلاك يتقرر وقيمته كانت في الابتداء الفا فيصير مستوفيا
الكل من الابتداء او نقول لا يمكن ان يجعل مستوفيا الالف بمائة لانه يؤدي الى
الربا فيصير مستوفيا المائة وبقي تسعمائة في العين فاذا هلك يصير مستوفيا الكل
تسعمائة بالهلاك بخلاف ما اذا مات من غير قتل احد لانه يصير مستوفيا الكل بالعبد
لانه لا يؤدي الى الربا قال وان كان امره الراهن ان يبيعه فباعه بمائة و
قبض المائة قضاء من حقه فيرجع بتسعمائة لانه لما باعه باذن الراهن صار كان
الراهن استرده وباعه بنفسه ولو كان كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين الا بقدر
ما استوفى كذا هذا قال وان قتله عبد قيمته مائة فدفع مكانه افتكه بجميع الدين
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء
سلم العبد المدفوع الى المرتهن بماله وقال زفر يصير رهنا بمائة له ان يد المرتهن
يد استيفاء وقد تقرر بالهلاك الا انه اخلف بدلا بقدر العشر فيبقى الدين بقدره
ولابي حنيفة وابي يوسف ان العبد الثاني قائم مقام الاول لحما ودما ولو كان الاول
قائما وانتقص السعر لا يسقط شيء من الدين عندنا لما ذكرنا فكذا اذا قام المدفوع
مكانه ولمحمد في الخيار ان المرهون تغير في ضمان المرتهن فيخير الراهن كالمبيع
اذا قتل قبل القبض والمغصوب اذا قتل في يد الغاصب يخير المشتري والمغصوب منه
كذا هذا ولهما ان التغير لم يظهر في نفس العبد لقيام الثاني مقام الاول لحما ودما
كما ذكرناه مع زفر وعين الرهن امانة عندنا فلا يجوز تمليكه منه بغير رضاه
ولان جعل الرهن بالدين حكم جاهلي وانه منسوخ بخلاف البيع لان التخيير فيه حكمه
الفسخ وهو مشروع وبخلاف الغصب لانه يملكه باداء الضمان فهو مشروع قال ولو كان العبد
تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله عبد يساوي مائة فدفع به فهو على هذا
الخلاف واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن وليس له
ان يدفع لانه لا يملك التمليك ولو فدى طهر المحل فبقي الدين على حاله ولا يرجع
على الراهن بشيء من الفداء لان الجناية حصلت في ضمانه فكان عليه اصلاحها

ولو ابى المرتهن ان يفدى قيل للراهن ادفع العبد او افده بالدية لان الملك فى الرقبة
قائم له وانما الى المرتهن الفداء لقيام حقه فاذا امتنع عن الفداء يطالب الراهن بحكم
الجناية ومن حكمها التخيير بين الدفع والفداء فان اختار الدفع سقط الدين
لانه استحق لمعنى فى ضمان المرتهن فصار كالهلاك وكذلك ان فدى لان العبد كالحاصل
له بعوض كان على المرتهن وهو الفداء بخلاف ولد الرهن اذا قتل انسانا
او استهلك مالا حيث يخاطب الراهن بالدفع او الفداء فى الابتداء لانه غير مضمون
على المرتهن فان دفع خرج من الرهن ولم يسقط من الدين شىء كما لو هلك وان فدى
فهو رهن مع امه على حالهما ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته فان ادى
المرتهن الدين الذى لزم العبد فدينه على حاله كما فى الفداء وان ابى قيل للراهن بعه
فى الدين الا ان يختار ان يؤدى عنه فان ادى بطل دين المرتهن كما ذكرنا فى الفداء
وان لم يؤد وبيع العبد فيه ياخذ صاحب دين العبد دينه لان دين العبد مقدم على دين
المرتهن وحق ولى الجناية لتقدمه على حق المولى فان فضل شىء ودين غريم العبد
مثل دين المرتهن او اكثر فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن لان الرقبة استحقت لمعنى
هو فى ضمان المرتهن فاشبه الهلاك وان كان دين العبد اقل سقط من دين المرتهن
بقدر دين العبد وما فضل من دين العبد يبقى رهنا كما كان ثم ان كان دين المرتهن قد
حل اخذه به لانه من جنس حقه وان كان لم يحل امسكه حتى يحل وان كان ثمن العبد لا يفى
بدين الغريم اخذ الثمن ولم يرجع بما بقى على احد حتى يعتق العبد لان الحق فى دين الاستهلاك
تعلق برقبته وقد استوفيت فيتاخر الى ما بعد العتق ثم اذا ادى بعده لا يرجع على احد
لانه وجب عليه بفعله وان كانت قيمة العبد الفين وهو رهن بالف وقد جنى العبد
يقال لهما افدياه لان النصف منه مضمون والنصف امانة والفداء فى المضمون على
المرتهن وفى الامانة على الراهن فان اجمعا على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن والدفع
لا يجوز فى الحقيقة من المرتهن لما بيناه وانما منه الرضا به فان تشاحا فالقول
لمن قال انا افدى راهنا كان او مرتهنا اما المرتهن فلانه ليس فى الفداء ابطال
حق الراهن وفى الدفع الذى يختاره الراهن ابطال حق المرتهن وكذا فى جناية
ولد الرهن اذا قال المرتهن انا افدى له ذلك وان كان المالك يختار الدفع لانه
ان لم يكن مضمونا فهو محبوس بدينه وله فى الفداء غرض صحيح ولا ضرر على الراهن
فكان له ان يفدى واما الراهن فلانه ليس للمرتهن ولاية الدفع لما بينا فكيف يختاره

كالهلاك م

ويكون

ويكون المرتهن فى الفداء متطوعا فى حصة الامانة حتى لا يرجع على الراهن لانه يمكنه ان لا
يختار فيخاطب الراهن بالدفع وما كان هو متبرعا وهذا على ما روى عن ابى حنيفة انه
لا يرجع مع الحضور وسنبين القولين ان شاء الله تعالى ولو ابى المرتهن ان يفدى وفداه
الراهن فانه يحتسب على المرتهن نصف الفداء من دينه لان سقوط الدين امر لازم فدى
او دفع فلم يجعل الراهن فى الفداء متطوعا ثم ينظر ان كان نصف الفداء مثل الدين او
اكثر بطل الدين وان كان اقل سقط من الدين بقدر نصف الفداء وكان العبد رهنا
بما بقى لان الفداء فى النصف كان عليه فاذا اداه الراهن وهو ليس بمتطوع كان له
الرجوع عليه فصار قصاصا بدينه كانه اوفى نصفه فيبقى العبد رهنا بما بقى ولو كان
المرتهن فدى والراهن حاضر فهو متطوع وان كان غائبا لم يكن متطوعا وهذا
قول ابى حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد والحسن وزفر المرتهن متطوع فى الوجهين
لانه فدى ملك غيره بغير امره فاشبه الاجنبى وله انه اذا كان الراهن حاضرا امكنه
مخاطبته فاذا فداه المرتهن فقد تبرع كالاجنبى فاما اذا كان الراهن غائبا تعذر
مخاطبته والمرتهن يحتاج الى اصلاح المضمون ولا يمكنه ذلك الا باصلاح الامانة
فلا يكون متبرعا قال فاذا مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين لان الوصى
قائم مقامه ولو تولى الموصى حيا بنفسه كان له ولاية البيع باذن المرتهن فكذا
لوصيه فان لم يكن له وصى نصب القاضى له وصيا وامره ببيعه لان القاضى نصب ناظرا
لحقوق المسلمين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم والنظر فى نصب الوصى ليؤدى ما عليه لغيره
ويستوفى ماله من غيره وان كان على الميت دين فرهن الوصى بعض التركة عند غريم
من غرمائه لم يجز وللاخرين ان يردوه لانه آثر بعض الغرماء بالايفاء الحكمى فاشبه
الايثار بالايفاء الحقيقى فان قضى دينهم قبل ان يردوه جاز لزوال المانع بوصول
حقهم اليهم ولو لم يكن للميت غريم آخر جاز الرهن اعتبارا بالايفاء الحقيقى ويبيع
فى دينه لانه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده واذا ارتهن الوصى بدين للميت على رجل
جاز لانه استيفاء وهو يملكه قال رضى الله عنه وفى رهن الوصى تفصيلات تركناها فى كتاب
الوصايا ان شاء الله تعالى

فصل

ومن رهن عصيرا بعشرة قيمته عشرة فتخمر ثم
صار خلا يساوى عشرة فهو رهن بعشرة لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا
للرهن اذ المحلية بالمالية فيهما والخمر وان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء
حتى ان من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد الا انه يتخير فى البيع لتغير وصف

قصاصا م

له وصى

بوصول

كالمبيع بمنزلة ما إذا تعيب ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها فصار
يساوي درهما فهو رهن بدرهم لأن الرهن يتقرر بالهلاك فإذا حيي بعض المحل يعود
حكمه بقدره بخلاف ما إذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود
البيع لأن البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض والمنتقض لا يعود أما الرهن يتقرر بالهلاك
على ما بيناه ومن مشايخنا من يمنع مسئلة البيع ويقول يعود البيع قال ونماء الرهن للراهن
وهو مثل اللبن والثمر والصوف والولد لأنه متولد من ملكه ويكون رهنا مع الأصل
لأنه تبع له والرهن حق لازم فيسري إليه فإن هلك يهلك بغير شيء لأن الأتباع لا قسط
لها مما يقابل بالأصل لأنها لم تدخل تحت العقد مقصودا إذ اللفظ لا يتناولها وإن
هلك الأصل وبقي النماء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض وقيمة النماء
يوم الفكاك لأن الرهن يصير مضمونا بالقبض والزيادة تصير مقصودة بالفكاك إذا بقي
إلى وقته والتبع يقابله شيء إذا صار مقصودا كولد المبيع فما أصاب الأصل يسقط
من الدين لأنه يقابله الأصل مقصودا وما أصاب النماء افتكه الراهن به لما ذكرنا ويخرج
المسائل على هذا الأصل وقد ذكرنا بعضها في كفاية المنتهي وتمامه في الجامع
والزيادات ولو رهن شاة بعشرة وقيمتها عشرة وقال الراهن للمرتهن احلب الشاة
فما حلبت فهو لك حلال فحلب وشرب فلا ضمان عليه في شيء من ذلك لأنه أتلفه بإذن المالك والإذن يصح
تعليقه بالشرط والخطر لأنه إطلاق وليس بتمليك فيصح مع الخطر ولا يسقط شيء من
الدين لأنه أتلفه بإذن المالك فإن لم يفتك الشاة حتى ماتت في يد المرتهن قسم الدين على
قيمة اللبن الذي شرب وعلى قيمة الشاة فما أصاب الشاة سقط وما أصاب اللبن أخذه المرتهن
من الراهن لأن اللبن تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن والفعل حصل بتسليط من قبله
فصار كأن الراهن أخذه وأتلفه فكان مضمونا عليه فيكون له حصته من الدين فبقي بحصته
وكذلك ولد الشاة إذا أذن له الراهن في أكله وكذلك جميع النماء الذي يحدث على
هذا القياس قال ويجوز الزيادة في الرهن ولا تجوز في الدين عند أبي حنيفة ومحمد ولا
يصير الرهن رهنا بها وقال أبو يوسف تجوز الزيادة في الدين أيضا وقال زفر والشافعي
لا تجوز فيهما والخلاف معهما في الرهن والثمن والمثمن والمهر والمنكوحة سواء وقد
ذكرناه في البيوع ولأبي يوسف في الخلافية الأخرى أن الدين في باب الرهن
كالثمن في البيع والرهن كالمثمن فتجوز الزيادة فيهما كما في البيع والجامع بينهما الالتحاق
بأصل العقد للحاجة والإمكان ولهما وهو القياس أن الزيادة في الدين توجب

الشيوع في الرهن وهو غير مشروع عندنا والزيادة في الرهن توجب الشيوع في الدين
وهو غير مانع من صحة الرهن ألا ترى أنه لو رهن عبدا بخمسمائة من الدين جاز وهذا
شيوع في الدين والالتحاق بأصل العقد غير ممكن في طرف الدين لأنه غير معقود
عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن وكذا يبقى بعد انفساخه والالتحاق
بأصل العقد في بدلي العقد بخلاف البيع لأن الثمن بدل يجب بالعقد ثم إذا صحت الزيادة
في الرهن وتسمى هذه زيادة قصدية يقسم الدين على قيمة الأصل يوم القبض وعلى قيمة
الزيادة يوم قبضت حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خمسمائة وقيمة الأول
يوم القبض ألفا والدين ألف يقسم الدين أثلاثا في الزيادة ثلث الدين وفي الأصل
ثلثا الدين اعتبارا بقيمتهما في وقتي الاعتبار وهذا لأن الضمان في كل واحد منهما
يثبت بالقبض فتعتبر قيمة كل واحد منهما وقت القبض وإذا ولدت المرهونة ولدا
ثم إن الراهن زاد مع الولد عبدا وقيمة كل واحد ألف فالعبد رهن مع الولد خاصة
يقسم ما في الولد عليه وعلى العبد الزيادة لأنه جعله زيادة مع الولد دون الأم ولو
كانت الزيادة مع الأم يقسم الدين على قيمة الأم يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض
فما أصاب الأم قسم عليها وعلى ولدها لأن الزيادة دخلت على الأم قال وإن رهن
عبدا يساوي ألفا بألف ثم أعطاه عبدا آخر قيمته ألف مكان الأول فالأول رهن
حتى يرده إلى الراهن والمرتهن في الآخر أمين حتى يجعله مكان الأول لأن الأول
إنما دخل في ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان إلا بنقض
القبض ما دام الدين باقيا وإذا بقي الأول في ضمانه لا يدخل الثاني في ضمانه
لأنهما رضيا بدخول أحدهما فيه لا بدخولهما فإذا رد الأول دخل الثاني في ضمانه
ثم قيل يشترط تجديد القبض لأن يد المرتهن على الثاني يد أمانة ويد الرهن يد
استيفاء وضمان فلا ينوب عنه كمن له على آخر جياد فاستوفى زيوفا ظنها
جيادا ثم علم بالزيافة فطالبه بالجياد وأخذها فإن الجياد أمانة في يده ما لم
يرد الزيوف ويجدد القبض وقيل لا يشترط لأن الرهن تبرع كالهبة على ما بينا
من قبل وقبض الأمانة ينوب عن قبض الهبة ولأن الرهن عينه أمانة والقبض يرد
على العين فينوب قبض الأمانة عن قبض العين ولو أبرأ المرتهن الراهن عن الدين أو
وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن يهلك بغير شيء استحسانا خلافا لزفر لأن الرهن
مضمون بالدين أو بجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالإبراء

والهبة ولا وجه له لسقوطه إلا إذا أحدث منعا لأنه يصير به غاصبا إذ لم يبق له ولاية
المنع وكذا إذا ارتهنت المرأة رهنا بالصداق فأبرأته أو وهبته أو ارتدت والعياذ
بالله قبل الدخول أو اختلعت منه على صداقها ثم هلك الرهن في يدها يهلك
بغير شيء في هذا كله ولم تضمن شيئا لسقوط الدين كما في الإبراء ولو استوفى المرتهن
الدين بإيفاء الراهن أو بإيفاء متطوع ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين ويجب عليه
رد ما استوفى إلى من استوفى منه وهو من عليه أو المتطوع بخلاف الإبراء ووجه
الفرق أن بالإبراء يسقط الدين أصلا كما ذكرنا وبالاستيفاء لا يسقط لقيام
الموجب إلا أنه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لأنه يعقب مطالبة مثله فأما هو في نفسه
قائم فإذا هلك يتقرر الاستيفاء الأول فانتقض الاستيفاء الثاني وكذا إذا اشترى
بالدين عينا أو صالح عنه على عين لأنه استيفاء وكذلك إذا أحال الراهن المرتهن بالدين
على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة ويهلك بالدين لأنه في معنى البراءة بطريق الأداء
لأنه يزول به عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحال عليه أو ما يرجع عليه إن لم يكن
للمحيل على المحال عليه دين لأنه بمنزلة الوكيل وكذا لو تصادقا على أن لا دين ثم هلك
الرهن يهلك بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه فيكون الجهة باقية
بخلاف الإبراء

كتاب الجنايات

قال القتل على خمسة أوجه عمد وشبه عمد
وخطأ وما أجري مجرى الخطأ والقتل بسبب والمراد بيان قتل يتعلق به الأحكام
قال فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح أو ما أجري مجرى السلاح كالمحدد من الخشب وليطة
القصب والمروة المحددة والنار لأن العمد هو القصد ولا يوقف عليه إلا بدليله وهو استعمال
الآلة القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك وموجب ذلك المأثم لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا
متعمدا فجزاؤه جهنم وقد نطق به غير واحد من السنة وعليه انعقد إجماع الأمة قال
والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى إلا أنه تقيد بوصف
العمدية لقوله عليه السلام العمد قود أي موجبه ولأن الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر
عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك قال إلا أن يعفو الأولياء
أو يصالحوا لأن الحق لهم ثم هو واجب عينا وليس للولي أخذ الدية إلا برضاء القاتل
وهو أحد قولي الشافعي إلا أن له حق العدول إلى المال من غير مرضاة القاتل لأنه
تعين مدفعا للهلاك فيجوز بدون رضاه وفي قول الواجب أحدهما لا بعينه ويتعين
باختياره لأن حق العبد شرع جابرا وفي كل واحد نوع جبر فيتخير ولنا ما تلونا

من الكتاب

من الكتاب وروينا من السنة ولأن المال لا يصلح موجبا لعدم المماثلة والقصاص يصلح للتماثل
وفيه مصلحة الأحياء زجرا وجبرا فيتعين وفي الخطأ وجوب المال ضرورة صون الدم
عن الإهدار ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد أخذ المال فلا يتعين مدفعا للهلاك
ولا كفارة فيه عندنا وعند الشافعي تجب لأن الحاجة إلى التكفير في العمد أمس منها إليه
في الخطأ فكان أدعى إلى إيجابها ولنا أنه كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العبادة فلا
تناط بمثلها ولأن الكفارة من المقادير وتعينها في الشرع لدفع الأدنى لا يعينها
لدفع الأعلى ومن حكمه حرمان الميراث لقوله عليه الصلاة والسلام لا ميراث لقاتل قال
وشبه العمد عند أبي حنيفة أن يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا أجري مجرى السلاح وقال
أبو يوسف ومحمد وهو قول الشافعي إذا ضربه بحجر عظيم أو بخشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد أن
يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالبا لأنه يتقاصر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة لا يقتل بها
غالبا لما أنه يقصد بها غيره كالتأديب ونحوه فكان شبه العمد ولا يتقاصر باستعمال آلة
لا يلبث لأنه لا يقصد به إلا القتل كالسيف فكان عمدا موجبا للقود وله قوله عليه السلام
ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الإبل ولأن الآلة غير موضوعة
للقتل ولا مستعملة فيه إذ لا يمكن استعمالها على غرة من المقصود قتله وبه يحصل القتل
غالبا فقصرت العمدية نظرا إلى الآلة فكان شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغير
قال وموجب ذلك على القولين الإثم لأنه قتل وهو قاصد في الضرب والكفارة
لشبهه بالخطأ والدية مغلظة على العاقلة والأصل أن كل دية وجبت بالقتل
ابتداء لا لمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتبارا بالخطأ وتجب في ثلاث سنين
لقضية عمر رضي الله تعالى عنه وتجب مغلظة وسنبين صفة التغليظ من بعد إن شاء الله
ويتعلق به حرمان الميراث لأنه جزاء القتل والشبهة تؤثر في سقوط القصاص دون
حرمان الميراث ومالك وإن أنكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه ما أسلفناه قال والخطأ على
نوعين خطأ في القصد وهو أن يرمي شخصا يظنه صيدا فإذا هو آدمي أو يظنه حربيا
فإذا هو مسلم وخطأ في الفعل وهو أن يرمي غرضا فيصيب آدميا وموجب ذلك الكفارة
والدية على العاقلة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله الآية وهي على
العاقلة في ثلاث سنين لما بينا ولا إثم فيه يعني في الوجهين قالوا المراد إثم القتل فأما
في نفسه فلا يعرى عن الإثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة في التثبت في حال الرمي
إذ شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى ويحرم عن الميراث لأن فيه إثما فيصح تعليق

الحرمان به بخلاف ما اذا تعمد الضرب موضعا من جسده فاخطأ واصاب موضعا آخر فمات حيث يجب القصاص لان القتل قد وجد بالقصد الى بعض بدنه وجميع البدن كالمحل الواحد قال وما اجري مجرى الخطا مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله فحكمه حكم الخطا في الشرع واما القتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه وموجبه اذا تلف فيه آدمي الدية على العاقلة لانه سبب التلف وهو متعد فيه فانزل موقعا دافعا فوجبت الدية ولا كفارة فيه ولا يتعلق به حرمان الميراث وقال الشافعي يلحق بالخطاء في احكامه لان الشرع انزله قاتلا ولنا ان القتل معدوم منه حقيقة فالحق به في حق الضمان فبقي في حق غيره على الاصل وهو ان كان يأثم بالحفر في غير ملكه لا يأثم بالموت على ما قالوا وهذه كفارة ذنب القتل وكذا الحرمان بسببه وما يكون شبه عمد في النفس فهو عمد فيما سواها لان اتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة وما دونها لا يختص اتلافه بآلة دون آلة

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجب

قال القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأبيد اذا قتل عمدا اما العمدية فلما بيناه واما حقن الدم على التأبيد لينتفي شبهة الاباحة وتحقق المساواة قال ويقتل الحر بالحر والحر بالعبد للعمومات وقال الشافعي لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد ومن ضرورة هذه المقابلة ان لا يقتل حر بعبد ولان مبنى القصاص على المساواة وهي منتفية بين المالك والمملوك ولهذا لا تقطع طرف الحر بطرفه بخلاف العبد بالعبد لانهما يتساويان وبخلاف العبد يقتل بالحر لانه تفاوت الى نقصان ولنا ان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين او بالدار ويستويان فيهما وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة والنص تخصيص بالذكر فلا ينفي ما عداه قال والمسلم بالذمي خلافا للشافعي له قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر ولانه لا مساواة بينهما وقت الجناية وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة ولنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قتل مسلما بذمي ولان المساواة في العصمة ثابتة نظرا الى التكليف والدار والمبيح كفر المحارب دون المسالم والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة والمراد بما روي الحربي لسياقه ولا ذو عهد في عهده والعطف للمغايرة قال ولا يقتل المسلم بالمستأمن لانه غير محقون الدم على التأبيد وكذا كفره باعث على الحراب لانه على قصد الرجوع ولا يقتل الذمي بالمستأمن لما بينا ويقتل المستأمن بالمستأمن قياسا للمساواة ولا يقتل استحسانا لقيام المبيح ويقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالاعمى والزمن وبناقص الاطراف وبالمجنون

للعمومات

للعمومات ولان في اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة امتناع القصاص وظهور التقاتل والتفاني قال ولا يقتل الرجل بابنه لقوله عليه الصلاة والسلام لا يقاد الوالد بولده وهو باطلاقه حجة على مالك في قوله يقاد اذا ذبحه ذبحا ولانه سبب لاحيائه فمن المحال ان يستحق له افناؤه ولهذا لا يجوز له قتله وان وجده في صف الاعداء مقاتلا او زانيا وهو محصن والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه والجد من قبل الرجال والنساء وان علا في هذا بمنزلة الاب وكذا الوالدة والجدة من قبل الاب او الام قربت او بعدت لما بينا ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط قال ولا يقتل الرجل بعبده ولا مدبره ولا مكاتبه ولا بعبد ولده لانه لا يستوجب لنفسه على نفسه القصاص ولا ولده عليه وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه لان القصاص لا يتجزى قال ومن ورث قصاصا على ابيه سقط لحرمة الابوة قال ولا يستوفي القصاص الا بالسيف وقال الشافعي يفعل به مثل ما فعل ان كان فعلا مشروعا فان مات والا يجز رقبته لان مبنى القصاص على المساواة ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف والمراد به السلاح ولان فيما ذهب اليه استيفاء الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل فيتحرز عنه كما في كسر العظم قال واذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث الا المولى وترك وفاء فله القصاص عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا ارى في هذا قصاصا لانه اشتبه سبب الاستيفاء فانه الولاء ان مات حرا والملك ان مات عبدا وصار كمن قال لغيره بعتني هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها لاختلاف السبب كذا هذا ولهما ان حق الاستيفاء للمولى بيقين على التقديرين وهو معلوم والحكم متحد واختلاف السبب لا يفضي الى المنازعة ولا الى اختلاف حكم فلا يبالي به بخلاف تلك المسألة لان حكم ملك اليمين يغاير حكم النكاح ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص وان اجتمعوا مع المولى لانه اشتبه من له الحق لانه المولى ان مات عبدا والوارث ان مات حرا اذ ظهر الاختلاف بين الصحابة رضي الله عنهم في موته على نعت الحرية او الرق بخلاف الاولى لان المولى متعين فيها وان لم يترك وفاء وله ورثة احرار وجب القصاص للمولى في قولهم جميعا لانه مات عبدا بلا ريب لانفساخ الكتابة بخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء لان العتق في البعض لا ينفسخ بالعجز واذا قتل عبد الرهن عند المرتهن لم يجب القصاص حتى يجتمع الراهن والمرتهن لان المرتهن لا ملك له فلا يليه

والراهن لو تولاه لبطل حق المرتهن في الدين فيشترط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن
برضاه. قال: وإذا قتل ولي المعتوه فلأبيه أن يقتل لأنه من الولاية على النفس
شرع لأمر راجع إليها وهو تشفي الصدر فيليه كالإنكاح، وله أن يصالح لأنه
أنظر في حق المعتوه، وليس له أن يعفو لأن فيه إبطال حقه، وكذا إن قطعت يد
المعتوه عمدا لما ذكرنا، والوصي بمنزلة الأب في جميع ذلك إلا أنه لا يقتل لأنه ليس له
ولاية على نفسه وهذا من قبيله، ويندرج تحت هذا الإطلاق الصلح عن النفس
واستيفاء القصاص في الطرف فإنه لم يستثن إلا القتل، وفي كتاب الصلح أن
الوصي لا يملك الصلح لأنه تصرف في النفس بالاعتياض عنه فينزل منزلة الاستيفاء
ووجه المذكور ههنا أن المقصود من الصلح المال وأنه يجب بعقده كما يجب بعقد الأب
بخلاف القصاص لأن المقصود التشفي وهو مختص بالأب، ولا يملك العفو لأن الأب
لا يملكه لما فيه من الإبطال فهو أولى. قالوا: القياس أن لا يملك الوصي الاستيفاء
في الطرف كما لا يملكه في النفس لأن المقصود متحد وهو التشفي، وفي الاستحسان يملكه
لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال فإنها خلقت وقاية للأنفس كالمال على
ما عرف فكان استيفاؤه بمنزلة التصرف في المال، والصبي بمنزلة المعتوه في هذا، والقاضي
بمنزلة الأب في الصحيح، ألا ترى أن من قتل ولا ولي له يستوفيه السلطان، والقاضي
بمنزلته فيه. قال: ومن قتل وله أولياء صغار وكبار فللكبار أن يقتلوا القاتل
عند أبي حنيفة، وقالا: ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار لأن القصاص مشترك بينهم
ولا يمكن استيفاء لعدم التجزي، وفي استيفائهم الكل إبطال حق الصغار فيؤخر البعض
إلى إدراكهم كما إذا كان بين الكبيرين وأحدهما غائب أو كان بين المولين. وله
أنه حق لا يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة، واحتمال العفو من الصغير منقطع
فيثبت لكل واحد كملا كما في ولاية الإنكاح، بخلاف الكبيرين لأن احتمال العفو
من الغائب ثابت، ومسألة المولين ممنوعة. قال: ومن ضرب رجلا بمر فقتله فإن أصابه
بالحديد قتل به، وإن أصابه بالعود فعليه الدية. قال رضي الله عنه: وهذا إذا أصابه بحد
الحديد لوجود الجرح فكمل السبب، وإن أصابه بظهر الحديد فعندهما يجب، وهو رواية
عن أبي حنيفة اعتبارا منه للآلة وهو الحديد، وعنه إنما يجب إذا جرح، وهو الأصح
على ما نبينه إن شاء الله تعالى، وعلى هذا الضرب بسنجات الميزان. وأما إذا ضربه
بالعود فإنما تجب الدية لوجود قتل النفس المعصومة وامتناع القصاص حتى لا يهدر

الدم

الدم، ثم قيل: هو بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلا بالمثقل، وفيه خلاف أبي حنيفة
على ما نبين، وقيل: هو بمنزلة السوط وفيه خلاف الشافعي، وهي مسألة الموالاة. له
أن الموالاة في الضربات إلى أن مات دليل العمدية فيتحقق الموجب، ولنا ما روينا
ألا إن قتيل خطأ العمد، ويروى شبه العمد، الحديث، ولأن فيه شبهة عدم العمدية
لأن الموالاة قد تستعمل للتأديب أو لعله اعتراه القصد في خلال الضربات فيعرى
أول الفعل عنه وعساه أصاب المقتل، والشبهة دارئة للقصاص فوجبت الدية. لعله للقود
قال: ومن غرق صبيا أو بالغا في البحر فلا قصاص عليه عند أبي حنيفة، وقالا
يقتص منه، وهو قول الشافعي، غير أن عنده يستوفى حزا، وعندهما يغرق كما بيناه
من قبل. لهم قوله عليه السلام: من غرق غرقناه، ولأن الآلة قاتلة فاستعمالها أمارة
العمدية، ولا مراء في العصمة. وله قوله عليه السلام: ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط
والعصا، وفيه وفي كل خطأ أرش، ولأن الآلة غير معدة للقتل ولا مستعملة فيه
لتعذر استعماله، فتمكنت فيه شبهة عدم العمدية، ولأن القصاص ينبئ عن المماثلة
ومنه يقال: اقتص أثره، ومنه المقصة للجلمين، ولا تماثل بين الجرح والدق
لقصور الثاني عن تخريب الظاهر، وكذا لا يتماثلان في حكمة الزجر لأن القتل بالسلاح
غالب وبالمثقل نادر، وما رواه غير مرفوع، أو هو محمول على السياسة، وقد أومت
إليه إضافته إلى نفسه فيه. وإذا امتنع القصاص وجبت الدية وهي على العاقلة وقد
ذكرناه، واختلاف الروايتين في الكفارة. قال: ومن جرح رجلا عمدا فلم يزل صاحب ظ او مات
فراش حتى مات فعليه القصاص لوجود السبب وعدم ما يبطل حكمه في الظاهر فأضيف
إليه. قال: وإذا التقى الصفان من المسلمين والمشركين فقتل مسلم مسلما ظن أنه مشرك
فلا قود عليه وعليه الكفارة، لأن هذا أحد نوعي الخطأ على ما بيناه، والخطأ بنوعيه
لا يوجب القود ويوجب الكفارة، وكذا الدية على ما نطق به الكتاب، ولما اختلفت
سيوف المسلمين على اليمان أبي حذيفة رضي الله عنه قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية.
قالوا: إنما تجب الدية إذا كانوا مختلطين، فإن كان في صف المشركين لا تجب لسقوط
عصمته بتكثيره سوادهم، قال عليه السلام: من كثر سواد قوم فهو منهم. قال: ومن شج نفسه
وشجه رجل وعقره أسد وأصابته حية فمات من ذلك فعلى الأجنبي ثلث الدية، لأن
فعل الأسد والحية جنس واحد لكونه هدرا في الدنيا والآخرة، وفعله بنفسه هدر
في الدنيا معتبر في الآخرة حتى يأثم عليه. وفي النوادر أن عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله

الجلمان دو كارد الجلم يك فرد ازو ساى

يغسل ويصلى عليه وعند أبي يوسف يغسل ولا يصلى عليه وفي شرح السير الكبير ذكر في الصلوة
عليه خلاف أبي يوسف على عكس ما ذكرناه في كتاب التجنيس والمزيد فلم يكن هدرا مطلقا فكان
جنسا آخر وفعل الأجنبي معتبر في الدنيا والآخرة فصارت ثلثة أجناس فكان النفس
تلفت بثلثة أفعال فيكون التالف بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث الدية **فصل**
ومن شهر على المسلمين سيفا فعليهم أن يقتلوه ولا شيء عليهم لقوله عليه السلام من شهر على المسلمين
سيفا فقد أحل دمه ولأنه باغ فتسقط عصمته ببغيه ولأنه تعين طريقا لدفع
القتل عن نفسه فله قتله وقوله فعليهم في قول محمد في الجامع الصغير فحق على المسلمين أن يقتلوه
إشارة إلى الوجوب والمعنى وجوب دفع الضرر وفي سرقة الجامع الصغير ومن شهر
على رجل سلاحا ليلا أو نهارا أو شهر عليه عصا ليلا في مصر أو نهارا في طريق في
غير مصر فقتله المشهور عليه عمدا فلا شيء عليه لما بيناه وهذا لأن السلاح لا يلبث
فيحتاج إلى دفعه بالقتل والعصا الصغيرة وإن كانت تلبث ولكن في الليل لا
يلحقه الغوث فيضطر إلى دفعه وكذا في النهار في غير المصر في الطريق لا يلحقه الغوث
فإذا قتله كان دمه هدرا قالوا فإن كان عصا لا يلبث يحتمل أن يكون مثل السلاح
عندهما قال وإن شهر المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا فعليه الدية
في ماله وقال أبو يوسف لا شيء عليه وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة وعن أبي يوسف
أنه يجب الضمان في الدابة ولا يجب في الصبي والمجنون لأبي يوسف أنه قتله دافعا عن نفسه
فيعتبر بالبالغ الشاهر ولأنه يصير محمولا على قتله بفعله فأشبه المكره ولأبي يوسف أن فعل
الدابة غير معتبر أصلا حتى لو تحققت لا يجب الضمان أما فعلهما معتبر في الجملة حتى لو
يجب عليهما الضمان وكذا عصمتهما لحقهما وعصمة الدابة لحق مالكها فكان فعلهما مسقطا
للعصمة دون فعل الدابة ولنا أنه قتل شخصا معصوما أو أتلف مالا معصوما حقا
للمالك وفعل الدابة لا يصلح مسقطا وكذا فعلهما وإن كانت عصمتهما حقهما لعدم
اختيار صحيح ولهذا لا يجب القصاص بتحقق الفعل منهما بخلاف العاقل البالغ لأن له
اختيارا صحيحا وإنما لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر فتجب الدية قال
ومن شهر على غيره سلاحا في المصر فضربه ثم قتله الآخر فعلى القاتل القصاص معناه
إذا ضربه فانصرف لأنه خرج من أن يكون محاربا بالانصراف فعادت عصمته قال
ومن دخل عليه غيره ليلا وأخرج السرقة فاتبعه وقتله فلا شيء عليه لقوله عليه السلام
قاتل دون مالك ولأنه يباح له القتل دفعا في الابتداء فكذا استردادا وتا

وتأويل المسئلة إذا كان لا يتمكن من الاسترداد إلا بالقتل **باب القصاص فيما دون النفس**
ومن قطع يد غيره عمدا من المفصل قطعت يده وإن كانت يده أكبر من اليد
المقطوعة لقوله تعالى والجروح قصاص وهو ينبئ عن المماثلة فكل ما أمكن رعايتها
فيه يجب فيه القصاص وما لا فلا وقد أمكن في القطع من المفصل فاعتبر ولا معتبر
بكبر اليد وصغرها لأن منفعة اليد لا تختلف بذلك قال وكذلك الرجل ومارن
الأنف والأذن لإمكان رعاية المماثلة قال ومن ضرب عين رجل فقلعها فلا قصاص
عليه لامتناع المماثلة في القلع فإن كانت قائمة فذهب ضوؤها فعليه القصاص
لإمكان المماثلة على ما قال في الكتاب تحمى له المرآة ويجعل على وجهه قطن رطب
ويقابل عينه بالمرآة فيذهب ضوؤها وهو مأثور عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم
قال وفي السن القصاص لقوله تعالى والسن بالسن وإن كان سن من يقتص منه أكبر من سن
الآخر لأن منفعة السن لا تتفاوت بالصغر والكبر قال وفي كل شجة يتحقق فيها المماثلة
القصاص لما تلونا قال ولا قصاص في عظم إلا في السن وهذا اللفظ مروي عن عمر
وابن مسعود رضي الله عنهما وقال عليه الصلاة والسلام لا قصاص في العظم والمراد غير
السن ولأن اعتبار المماثلة في غير السن متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان بخلاف
السن لأنه يبرد بالمبرد ولو قلع من أصله يقلع الثاني فيتماثلان قال وليس فيما
دون النفس شبه عمد إنما هو عمد أو خطأ لأن شبه العمد يعود إلى الآلة والقتل هو الذي
يختلف باختلافها دون ما دون النفس لأنه لا يختلف إتلافه باختلاف الآلة
فلم يبق إلا العمد والخطأ ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ولا بين الحر
والعبد ولا بين العبدين خلافا للشافعي في جميع ذلك إلا في الحر يقطع طرف العبد
ويعتبر الأطراف بالأنفس لكونها تابعة لها ولنا أن الأطراف يسلك بها مسلك
الأموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة وهو معلوم قطعا بتقويم الشرع
فأمكن اعتباره بخلاف التفاوت في البطش لأنه لا ضابط له فاعتبر أصله بخلاف
الأنفس لأن المتلف إزهاق الروح ولا تفاوت فيه ويجب القصاص في الأطراف
بين المسلم والكافر للتساوي بينهما في الأرش قال ومن قطع يد رجل من نصف الساعد
أو جرحه جائفة فبرأ منها فلا قصاص عليه لأنه لا يمكن اعتبار المماثلة فيه
إذ الأول كسر العظم ولا ضابط فيه وكذا البرء نادر فيفضي الثاني إلى الهلاك
ظاهرا قال وإذا كانت يد المقطوع صحيحة ويد القاطع شلاء أو ناقصة الأصابع

فالمقطوع بالخيار إن شاء قطع اليد المعيبة ولا شيء له غيرها وإن شاء أخذ الأرش
كاملاً لأن استيفاء الحق كاملاً متعذر فله أن يتجوز بدون حقه وله أن يعدل
إلى العوض كالمثلي إذا انصرم عن أيدي الناس بعدما أتلف ثم إذا استوفى
ناقصاً فقد رضي به فيسقط حقه كما إذا رضي بالردي مكان الجيد ولو سقطت
المؤفة قبل اختيار المجني عليه أو قطعت ظلماً فلا شيء له عندنا لأن حقه متعين في
القصاص وإنما ينتقل إلى المال باختياره فيسقط بفواته بخلاف ما إذا قطعت
بحق عليه من قصاص أو سرقة حيث يجب عليه الأرش لأنه أوفى به حقاً مستحقاً فصارت
سالمة له معنى. قال ومن شج رجلاً فاستوعبت الشجة ما بين قرنيه وهي لا تستوعب
ما بين قرني الشاج فالمشجوج بالخيار إن شاء اقتص بمقدار شجته يبتدئ من أي
الجانبين شاء وإن شاء أخذ الأرش لأن الشجة موجبة لكونها مشينة فيزداد
الشين بزيادتها وفي استيفائه ما بين قرني الشاج زيادة على فعله ولا يلحقه
من الشين باستيفائه قدره ما يلحق المشجوج فينتقص فيخير كما في الشلاء والصحيحة
وفي عكسه يخير أيضاً لأنه يتعذر الاستيفاء كملاً للتعدي إلى غير حقه وكذا إذا
كانت الشجة في طول الرأس وهي تأخذ من جبهته إلى قفاه ولا تبلغ إلى قفا
الشاج فهو بالخيار لأن المعنى لا يختلف. قال ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر
وعن أبي يوسف أنه إذا قطع من أصله يجب لأنه يمكن اعتبار المساواة ولنا أنه ينقبض
وينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة إلا أن تقطع الحشفة لأن موضع القطع معلوم
كالمفصل ولو قطع بعض الحشفة أو بعض الذكر فلا قصاص فيه لأن البعض لا يعلم
مقداره بخلاف الأذن إذا قطع كله أو بعضه لأنه لا ينقبض ولا ينبسط وله
حد يعرف فيمكن اعتبار المساواة والشفة إذا استقصاها بالقطع يجب القصاص
لإمكان اعتبار المساواة بخلاف ما إذا قطع بعضها لأنه يتعذر اعتبارها.

فصل

فصل وإذا اصطلح القاتل وأولياء المقتول على مال سقط القصاص ووجب
المال قليلاً كان أو كثيراً لقوله تعالى فمن عفي له من أخيه شيء الآية على ما قيل
نزلت في الصلح وقوله عليه السلام من قتل له قتيل الحديث والمراد والله أعلم الأخذ
بالرضا على ما بيناه وهو الصلح بعينه ولأنه حق ثابت للورثة يجري فيه الإسقاط
عفواً فكذا تعويضاً لاشتماله على إحسان الأولياء وإحياء القاتل فيجوز بالتراضي
والقليل والكثير فيه سواء لأنه ليس فيه نص مقدر فيفوض إلى اصطلاحهما كالخلع

كالخلع وغيره وإن لم يذكروا حالاً ولا مؤجلاً فهو حال لأنه مال واجب بالعقد
والأصل في أمثاله الحلول نحو المهر والثمن بخلاف الدية لأنها ما وجبت بالعقد
قال وإن كان القاتل حراً وعبداً فأمر الحر ومولى العبد رجلاً بأن يصالح عن دمهما
على ألف ففعل فالألف على الحر والمولى نصفان لأن عقد الصلح أضيف إليهما وإذا
عفا أحد الشركاء من الدم أو صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين عن القصاص
وكان لهم نصيبهم من الدية وأصل هذا أن القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية خلافاً
لمالك والشافعي في الزوجين لهما أن الوراثة خلافة وهي بالنسب دون السبب لانقطاعه
بالموت ولنا أنه عليه السلام أمر بتوريث امرأة أشيم الضبابي من عقل زوجها أشيم
ولأنه حق يجري فيه الإرث حتى أن من قتل وله ابنان فمات أحدهما عن ابن كان القصاص
بين الصلبي وابن الابن فيثبت لسائر الورثة والزوجية تبقى بعد الموت حكماً في حق
الإرث أو يثبت بعد الموت مستنداً إلى سببه وهو الجرح وإذا ثبت للجميع فكل منهم يتمكن
من الاستيفاء والإسقاط عفواً وصلحاً ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص
سقوط حق الباقين فيه لأنه لا يتجزى بخلاف ما إذا قتل رجلين وعفا أحد الوليين
لأن الواجب هناك قصاصان من غير شبهة لاختلاف القتل والمقتول وههنا واحد
لاتحادهما وإذا سقط القصاص ينقلب نصيب الباقين مالاً لأنه امتنع لمعنى راجع إلى
القاتل وليس للعافي شيء من المال لأنه أسقط حقه بفعله ورضاه ثم يجب ما يجب من
المال في ثلاث سنين وقال زفر يجب في سنتين فيما إذا كان بين شريكين فعفا
أحدهما لأن الواجب نصف الدية فيعتبر بما إذا قطعت يده خطأ ولنا أن هذا
بعض بدل الدم وكله مؤجل إلى ثلاث سنين فكذا بعضه والواجب في اليد كل بدل
الطرف وهو في سنتين في الشرع ويجب في ماله لأنه عمد. قال وإذا قتل جماعة
واحداً عمداً اقتص من جميعهم لقول عمر رضي الله عنه فيه لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم
ولأن القتل بطريق التغالب غالب والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقاً لحكمة
الإحياء. وإذا قتل واحد جماعة فحضر أولياء المقتولين قتل لجماعتهم ولا شيء لهم
غير ذلك فإن حضر واحد منهم قتل له وسقط حق الباقين وقال الشافعي يقتل بالأول منهم
ويجب للباقين المال وإن اجتمعوا ولم يعرف الأول قتل لهم وقسمت الديات بينهم وقيل
يقرع بينهم فيقتل لمن خرجت قرعته له أن الموجود من الواحد قتلات والذي
تحقق في حقه قتل واحد فلا تماثل وهو القياس في الأول إلا أنه عرف بالشرع

وقلنا ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فجاء التماثل واصله القصاص اذ لولم يكن
كذلك لما وجب القصاص ولانه وجب من كل واحد جرح صالح للازهاق فيضاف
الى كل واحد منهم اذ هو لا يتجزى ولان القصاص شرع حكمه للاحياء بتحقيق الزجر
وقد حصل بقتله فاكتفي به قال ومن وجب عليه القصاص اذا مات سقط القصاص
لفوات محل الاستيفاء فاشبه موت العبد الجاني ويتأتى فيه خلاف الشافعي اذ الواجب
احدهما عنده قال واذا قطع رجلان يد رجل واحد فلا قصاص على واحد منهما و
عليهما نصف الدية وقال الشافعي تقطع يداهما والمفروض اذا اخذا سكينا وامراه
على يده حتى انقطعت له الاعتبار بالانفس والايدي تابعة لها فاخذت حكمها اذ الجمع
بينهما بجامع الزجر ولنا ان كل واحد منهما قاطع بعض اليد لان الانقطاع حصل باعتمادهما
والمحل متجزئ فيضاف الى كل واحد البعض فلا مماثلة بخلاف النفس لان الازهاق
لا يتجزى ولان القتل بطريق الاجتماع غالب حذار الغوث والاجتماع على قطع اليد
من المفصل في حيز الندرة لافتقاره الى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث قال
وعليهما نصف الدية لانه دية اليد الواحدة وهما قطعاها وان قطع واحد يميني رجلين
فحضرا فلهما ان يقطعا يده ويأخذا منه نصف الدية يقتسمانه نصفين سواء قطعهما
معا او على التعاقب وقال الشافعي في التعاقب يقطع بالاول وفي القران يقرع
لان اليد استحقها الاول فلا يثبت الاستحقاق فيها للثاني كالرهن بعد الرهن و
في القران اليد الواحدة لا تفي بالحقين فيرجح بالقرعة ولنا انهما استويا في سبب الاستحقاق
فيستويان في حكمه كالغريمين في التركة والقصاص ملك الفعل يثبت مع المنافي فلا يظهر
الا في حق الاستيفاء اما المحل فخلو عنه فلا يمنع ثبوت الثاني بخلاف الرهن لان الحق
ثابت في المحل وصار كما اذا قطع العبد يمينهما على التعاقب فيستحق رقبته وان
حضر واحد منهما فقطع يده فللآخر عليه نصف الدية لان للحاضر ان يستوفي لثبوت
حقه وتردد حق الغائب واذا استوفى لم يبق محل الاستيفاء فيتعين حق الآخر في الدية
لانه اوفى به حقا مستحقا قال واذا اقر العبد بقتل العمد لزمه القود وقال زفر لا يصح
اقراره لانه يلاقي حق المولى بالابطال فصار كما اذا اقر بالمال ولنا انه غير متهم فيه
لانه مضر به فيقبل ولان العبد مبقى على اصل الحرية في حق الدم عملا بالآدمية حتى
لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص ويبطل حق المولى بطريق الضمن فلا يبالى به
ومن رمى رجلا عمدا فنفذ السهم منه الى آخر فماتا فعليه القصاص للاول والدية للثاني على عاقلته

على عاقلته لان الاول عمد والثاني احد نوعي الخطأ كانه رمى الى صيد فاصاب آدميا
والفعل يتعدد بتعدد الاثر فصل قال ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا قبل
ان تبرأ يده او قطع يده عمدا ثم قتله خطأ او قطع يده خطأ فبرأت يده ثم قتله خطأ او قطع
يده عمدا فبرأت ثم قتله عمدا فانه يؤخذ بالامرين جميعا والاصل فيه ان الجمع بين
الجراحات واجب ما امكن تتميما للاول لان القتل في الاعم يقع بضربات متعاقبة
وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج الا ان لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه
وقد تعذر الجمع في هذه الفصول في الاوليين لاختلاف حكم الفعلين وفي الاخريين
لتخلل البرء وهو قاطع للسراية حتى لو لم يتخلل وقد تجانسا بان كانا خطأين يجمع
بالاجماع لامكان الجمع واكتفي بدية واحدة وان كان قطع يده عمدا ثم قتله عمدا
قبل ان تبرأ يده فان شاء الامام قال اقطعوه ثم اقتلوه وان شاء قال اقتلوه وهذا عند ابي حنيفة
وقالا يقتل ولا تقطع يده لان الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما
وله ان الجمع متعذر اما للاختلاف بين الفعلين هذين لان الموجب القود وهو
يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر
او لان الحز يقطع اضافة السراية الى القطع حتى لو صدر من شخصين يجب القود على الحاز
فصار كتخلل البرء بخلاف ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا
خطأين لان الموجب الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة ولان ارش اليد
انما يجب عند استحكام اثر الفعل وذلك بالحز القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل وضمان
الجزء في حالة واحدة ولا يجتمعان اما القطع والقتل قصاصا فيجتمعان قال ومن ضرب
رجلا مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة ففيه دية واحدة لانه لما برأ منها لا
تبقى معتبرة في حق الارش وان بقيت في حق التعزير فبقي الاعتبار للعشرة وكذلك
كل جراحة اندملت ولم يبق لها اثر على اصل ابي حنيفة وعن ابي يوسف في مثله حكومة عدل
وعن محمد انه تجب اجرة الطبيب وان ضرب رجلا مائة سوط وجرحه وبقي له اثر
تجب حكومة العدل لبقاء الاثر والارش انما يجب باعتبار الاثر في النفس قال
ومن قطع يد رجل فعفا المقطوعة يده عن القطع ثم مات من ذلك فعلى القاطع الدية
في ماله وان عفا عن القطع وما يحدث منه او عن الجناية ثم مات من ذلك فهو عفو
عن النفس ثم ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان عمدا فهو من جميع المال وهذا عند
ابي حنيفة وقالا اذا عفا عن القطع فهو عفو عن النفس ايضا وعلى هذا الاختلاف

اذا عفا عن الشجة ثم سرى الى النفس ومات لهما ان العفو عن القطع عفو عن موجبه و
موجبه القطع لو اقتصر او القتل اذا سرى فكان العفو عن القطع عفوا عن احد موجبيه
ايهما كان ولان اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فيكون العفو عن القطع عفوا
عن نوعيه وصار كما اذا عفا عن الجناية فانه يتناول الجناية السارية والمقتصرة
كذا هذا وله ان سبب الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصوم متقوم والعفو لم
يتناوله بصريحه لانه عفا عن القطع وهو غير القتل وبالسراية تبين ان الواقع قتل
وحقه فيه ونحن نوجب ضمانه وكان ينبغي ان يجب القصاص وهو القياس لانه هو
الموجب للعمد الا ان في الاستحسان تجب الدية لان صورة العفو اورثت شبهة وهي دارئة
للقود ولا نسلم ان الساري نوع من القطع وان السراية صفة له بل الساري قتل من
الابتداء وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعا فلا يتناوله العفو بخلاف العفو عن
الجناية لانه اسم جنس وبخلاف العفو عن الشجة وما يحدث منها لانه صريح في العفو عن
السراية والقتل ولو كان القطع خطأ فقد اجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقا
وخلافا وآذن بذلك اطلاقه الا انه ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان عمدا
فهو من جميع المال لان موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما انه ليس بمال
فصار كما اذا اوصى باعارة ارضه اما الخطأ فموجبه المال وحق الورثة يتعلق به
فيعتبر من الثلث قال واذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده ثم مات فلها
مهر مثلها وعلى عاقلتها الدية ان كان خطأ وان كان عمدا ففي مالها وهذا
عند ابي حنيفة لان العفو عن اليد اذا لم يكن عفوا عما يحدث منه عنده فالتزوج
على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه ثم القطع اذا كان عمدا يكون هذا تزوجا
على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا لا سيما على تقدير السقوط
فيجب مهر المثل وعليها الدية في مالها لان التزوج وان كان يتضمن العفو على
ما بيناه ان شاء الله تعالى لكن عن القصاص في الطرف في هذه الصورة واذا سرى
تبين انه قتل النفس ولم يتناوله العفو فتجب الدية وتجب في مالها لانه عمد
والقياس ان يجب القصاص على ما بيناه واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية
تقع المقاصة ان كانا على السواء فان كان في الدية فضل ترده على الورثة وان
كان في المهر فضل ترده الورثة عليها وان كان القتل خطأ يكون هذا تزوجا على
ارش اليد واذا سرى الى النفس تبين انه لا ارش لليد وان المسمى معدوم فيجب

مهر المثل كما اذا تزوجها على ما في اليد ولا شيء فيها ولا يتقاصان لان الدية تجب
على العاقلة في الخطأ والمهر لها قال ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها او على
الجناية ثم مات من ذلك والقطع عمد فلها مهر مثلها لان هذا تزوج على القصاص
وهو لا يصلح مهرا فيجب مهر المثل على ما بيناه وصار كما اذا تزوجها على خمر او خنزير
ولا شيء عليها لانه لما جعل القصاص مهرا فقد رضي بسقوطه بجهة المهر فيسقط اصلا
كما اذا اسقط القصاص بشرط ان يصير مالا فانه يسقط اصلا وان كان خطأ
يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية لان هذا تزوج على الدية وهي
تصلح مهرا الا انه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال لانه مريض مرض الموت والتزوج
من الحوائج الاصلية ولا يصح في حق الزيادة على مهر المثل لانه محاباة فيكون وصية
ويرفع عن العاقلة لانهم يتحملون عنها فمن المحال ان ترجع عليهم بموجب جنايتها وهذه
الزيادة وصية لهم لانهم من اهل الوصية لما انهم ليسوا بقتلة فان كانت تخرج
من الثلث تسقط وان لم تخرج يسقط ثلثه وقال ابو يوسف ومحمد كذلك الجواب فيما
اذا تزوجها على اليد لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما
في الفصلين قال ومن قطعت يده فاقتص له من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص
منه لانه تبين ان الجناية كانت قتل عمد وحق المقتص له القود واستيفاء القطع
لا يوجب سقوط القود كمن له القود اذا استوفى طرف من عليه وعن ابي يوسف
انه يسقط حقه في القصاص لانه لما اقدم على القطع فقد ابرأه عما وراءه
ونحن نقول انما اقدم على القطع ظنا منه ان حقه فيه وبعد السراية تبين انه في القود
فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به قال ومن قتل وليه عمدا فقطع يد قاتله ثم عفا
وقد قضي له بالقصاص او لم يقض فعلى قاطع اليد دية اليد عند ابي حنيفة وقالا
لا شيء عليه لانه استوفى حقه فلا يضمنه وهذا لانه استحق اتلاف النفس بجميع اجزائه
ولهذا لو لم يعف لا يضمنه وكذا اذا سرى وما برا او ما عفا وما سرى وقطع ثم
حز رقبته قبل البرء او بعده وصار كما اذا كان له قصاص في الطرف فقطع
اصابعه ثم عفا لا يضمن الاصابع وله انه استوفى غير حقه لان حقه في القتل
وهذا قطع وابانة وكان القياس ان يجب القصاص الا انه سقط للشبهة فان له
ان يتلفه تبعا واذا سقط وجب المال وانما لا يجب في الحال لانه يحتمل ان يصير
قتلا بالسراية فيكون مستوفيا حقه وملك القصاص في النفس ضروري لا يظهر

الا عند الاستيفاء او العفو او الاعتياض لما انه تصرف فيه فقبل ذلك لم يظهر لعدم الضرورة بخلاف ما اذا سرى لانه استيفاء واما اذا لم يعف ولم يسر فلانه انما تبين كونه قطعا بغير حق بالبرء حتى لو قطع ولم يعف وبرأ الصحيح انه على الخلاف واذا قطع ثم جز رقبته قبل البرء فهو استيفاء ولو جز بعد البرء فهو على الخلاف هو الصحيح والاصابع وان كانت تابعة قياما بالكف فتابعة لها عرضا بخلاف الطرف لانها تابعة للنفس من كل وجه قال ومن له القصاص في الطرف اذا استوفاه ثم سرى الى النفس ومات يضمن دية النفس عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن لانه استوفى حقه وهو القطع ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب القصاص اذ الاحتراز عن السراية ليس في وسعه فصار كالامام والبزاغ والحجام والمأمور بقطع اليد وله انه قتل بغير حق لان حقه في القطع وهذا وقع قتلا ولهذا لو وقع ظلما كان قتلا ولانه جرح افضى الى فوات الحياة في مجرى العادة وهو مسمى القتل الا ان القصاص سقط للشبهة فوجب المال وما استشهد به من المسائل لانه مكلف فيها بالفعل اما تقلدا كالامام او عقدا كما في غيره منها والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة كالرمي الى الحربي وفيما نحن فيه لا التزام ولا وجوب اذ هو مندوب الى العفو فيكون من باب الاطلاق فاشبه الاصطياد

باب الشهادة في القتل

ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة عند ابي حنيفة وقالا لا يعيد وان كان خطأ لم يعدها بالاجماع وكذلك الدين يكون لابيهما على آخر لهما في الخلافية ان القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين وهذا لانه عوض نفسه فيكون الملك فيه لمن له الملك في المعوض كما في الدية ولهذا لو انقلب مالا يكون للميت ولهذا يسقط بعفوه بعد الجرح قبل الموت فينتصب احد الورثة خصما عن الباقين وله ان القصاص طريقه الخلافة دون الوراثة الا ترى انه يثبت بعد الموت والميت ليس من اهله بخلاف الدين والدية لانه من اهل الملك في الاموال كما اذا نصب شبكة فتعلق بها صيد بعد موته فانه يملكه واذا كان طريقه الاثبات ابتداء لا ينتصب احدهم خصما عن الباقين فيعيد البينة بعد حضوره فان كان اقام القاتل البينة ان الغائب قد عفا فالشاهد خصم ويسقط القصاص لانه ادعى على الحاضر سقوط حقه في القصاص الى مال ولا يمكنه اثباته الا

باثبات

باثبات العفو على الغائب فينتصب الحاضر خصما عن الغائب وكذلك عبد بين رجلين قتل عمدا واحد الرجلين غائب فهو على هذا لما بينا فان كان الاولياء ثلاثة فشهد اثنان منهم على آخر انه قد عفا فشهادتهما باطلة وهو عفو منهما لانهما يجران بشهادتهما الى انفسهما مغنما وهو انقلاب القود مالا فان صدقهما القاتل فالدية بينهم اثلاثا معناه اذا صدقهما وحده لانه لما صدقهما فقد اقر بثلثي الدية لهما فيصح اقراره الا انه يدعي سقوط حق المشهود عليه وهو ينكر فلا يصدق فيغرم نصيبه وان كذبهما فلا شيء لهما وللآخر ثلث الدية معناه اذا كذبهما القاتل ايضا وهذا لانهما اقرا على انفسهما بسقوط القصاص فقبل وادعيا انقلاب نصيبهما مالا فلا يقبل الا بحجة وينقلب نصيب المشهود عليه مالا لان دعواهما العفو عليه وهو ينكر بمنزلة ابتداء العفو منهما في حق المشهود عليه لان سقوط القود مضاف اليهما وان صدقهما المشهود عليه وحده غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه لاقراره له بذلك ولكنه يصرف ذلك الى الشاهدين وهذا استحسان والقياس ان لا يلزمه شيء لان ما ادعاه الشاهدان على القاتل لم يثبت لانكاره وما اقر به القاتل للمشهود عليه بطل بتكذيبه وجه الاستحسان ان القاتل بتكذيبه الشاهدين اقر للمشهود عليه بثلث الدية لزعمه ان القصاص سقط بدعواهما العفو على الغائب وانقلب نصيبه مالا والغائب لما صدق الشاهدين في العفو فقد زعم ان نصيبهما انقلب مالا فصار مقرا لهما باقرار القاتل فيحول اقراره به لذلك بمنزلة ما لو اقر لرجل بالف درهم فقال المقر له هذه الالف ليست لي ولكنها لفلان جاز وصار لفلان كذا هذا قال واذا شهد الشهود انه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القود اذا كان عمدا لان الثابت بالشهادة كالثابت معاينة وفي ذلك القصاص على ما بيناه والشهادة على قتل العمد يتحقق على هذا الوجه لان الموت بسبب الضرب انما يعرف اذا صار بالضرب صاحب فراش حتى مات وتأويله اذا شهدوا انه ضربه بشيء جارح قال واذا اختلف شاهدا القتل في الايام او في البلد او في الذي كان به القتل فهو باطل لان القتل لا يعاد ولا يكرر والقتل في زمان او مكان غير القتل في زمان او في مكان آخر والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لان الثاني عمد والاول شبه العمد ويختلف احكامهما فكان على كل قتل شهادة فرد وكذا اذا قال احدهما قتله بعصا وقال الآخر لا ادري باي شيء قتله فهو باطل

لان المطلق يحتمل المقيد. قال وان شهدا انه قتله وقالا لا ندري باي شيء قتله
ففيه الدية استحسانا والقياس ان لا تقبل هذه الشهادة لان القتل يختلف باختلاف
الآلة فجهل المشهود به. وجه الاستحسان انهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس
بمجمل فيجب اقل موجبيه وهو الدية ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة على اجمالهم
بالمشهود عليه سترا عليه واق لوا كذبهم في نفي العلم ظاهرا وقد ورد بالطواقة في
اصلاح ذات البين وهذا في معناه فلا يثبت الاختلاف بالشك ويجب الدية
في ماله لان الاصل في الفعل العمد فلا تلزم العاقلة. واذا اقر رجلان كل واحد منهما
انه قتله وقال الولي قتلتماه جميعا فله ان يقتلهما وان شهدوا على رجل انه
قتله وشهد آخرون على آخر انه قتله وقال الولي قتلتماه جميعا بطل ذلك كله.
والفرق ان الاقرار والشهادة تناول كل واحد منهما وجود القتل ووجوب
القصاص وقد حصل التكذيب من المقر له والمشهود له في الثاني غير انه تكذيب
المقر في بعض ما اقر به لا يبطل اقراره في الباقي وتكذيب المشهود له الشاهد
في بعض ما شهد به يبطل شهادته اصلا لان التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يمنع
القبول واما فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار.

باب في اعتبار حالة القتل

ومن رمى مسلما فارتد المرمي اليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية
عند ابي حنيفة وقالا لا شيء عليه لانه بالارتداد اسقط تقوم نفسه فيكون
مبرئا للرامي عن موجبه كما اذا ابراه بعد الجرح قبل الموت. وله ان الضمان يجب بفعله
وهو الرمي اذ لا فعل منه بعده فيعتبر حالة الرمي والمرمي اليه فيها متقوم ولهذا
تعتبر حالة الرمي في حق الحل حتى لا يحرم بردة الرامي وكذا في حق التكفير حتى جاز
بعد الجرح قبل الموت والفعل وان كان عمدا فالقود سقط للشبهة ووجبت الدية.
ولو رمى اليه وهو مرتد فاسلم ثم وقع به السهم فلا شيء عليه في قولهم جميعا وكذا
اذا رمى حربيا فاسلم لان الرمي ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا
ينقلب موجبا بصيرورته متقوما بعد ذلك. قال وان رمى عبدا فاعتقه مولاه
ثم وقع السهم به فعليه قيمته للمولى عند ابي حنيفة وقال محمد فضل ما بين قيمته مرميا
الى غير مرمي وقول ابي يوسف مع ابي حنيفة. له ان العتق قاطع للسراية ولانه اذا انقطعت
يبقى مجرد الرمي وهو جناية ينتقص بها قيمة المرمي اليه بالاضافة الى ما قبل الرمي
فيجب ذلك. ولهما انه يصير قاتلا من وقت الرمي لان فعله الرمي وهو مملوك في تلك

الحالة فيجب قيمته بخلاف القطع والجرح لانه اتلاف بعض المحل وانه يوجب الضمان للمولى
وبعد السراية لو وجب شيء لوجب للعبد فيصير النهاية مخالفة للبداية. اما الرمي قبل
الاصابة ليس باتلاف شيء منه لانه لا اثر له في المحل وانما قلت الرغبات فيه فلا
يجب الضمان فلا تتخالف النهاية والبداية فيجب قيمته للمولى. قال زفر وان كان يخالفنا
في وجوب القيمة نظرا الى حالة الاصابة فالحجة عليه ما حققناه. قال ومن قضي عليه
بالرجم فرماه رجل ثم رجع احد الشهود ثم وقع به السهم فلا شيء على الرامي لان المعتبر
حالة الرمي وهو مباح الدم فيها. واذا رمى المجوسي صيدا ثم اسلم ثم وقعت الرمية
بالصيد لم يؤكل وان رماه وهو مسلم ثم تمجس والعياذ بالله اكل لان المعتبر حالة الرمي
في حق الحل والحرمة اذ الرمي هو الذكوة فتعتبر الاهلية وانسلاب بها عنده. ولو رمى
المحرم صيدا ثم حل فوقعت الرمية بالصيد فعليه الجزاء وان رمى حلال صيدا ثم احرم
فلا شيء عليه لان الضمان انما يجب بالتعدي وهو رميه في حالة الاحرام وفي
الاول هو محرم وقت الرمي وفي الثاني حلال فلهذا افترقا. والله تعالى اعلم.

كتاب الديات

قال وفي شبه العمد دية مغلظة على العاقلة
وكفارة على القاتل وقد بيناه في اول الجنايات. قال وكفارته عتق رقبة مؤمنة
لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الآية فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين بهذا النص
ولا يجزئ فيه الاطعام لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف ولانه
جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء او لكونه كل المذكور على ما عرف. ويجزيه رضيع
احد ابويه مسلم لانه مسلم به والظاهر سلامة اطرافه ولا يجزئ ما في البطن لانه
لم يعرف حياته ولا سلامته. قال وهي الكفارة في الخطأ لما تلوناه. ودية شبه العمد عند
ابي حنيفة وابي يوسف مائة من الابل ارباعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون
بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة. وقال محمد والشافعي اثلاثا ثلاثون
جذعة وثلاثون حقة واربعون ثنية كلها خلفات في بطونها اولادها لقوله عليه السلام
الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل اربعون منها
في بطونها اولادها وعن عمر وزيد رضي الله عنهما ثلاثون حقة وثلاثون جذعة
ولان دية شبه العمد اغلظ وذلك فيما قلنا. ولهما قوله عليه السلام في نفس المؤمن
مائة من الابل وما رواه غير ثابت لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في صفة التغليظ
وابن مسعود رضي الله عنه قال بالتغليظ ارباعا كما ذكرنا. وهو كالمرفوع فيعارضه

قال ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة لان التوقيف فيه فان قضى بالدية
في غير الابل لم تتغلظ لما قلنا قال وقتل الخطاء تجب به الدية على العاقلة والكفارة
على القاتل لما بينا من قبل قال والدية في الخطاء مائة من الابل اخماسا عشرون
بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون
جذعة وهذا قول ابن مسعود رضي الله عنه وانما اخذنا نحن بذلك لان فيه الرواية
ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في قتيل قتل خطاء اخماسا على نحو ما قال ولان ما
قلنا اخف فكان اليق بحالة الخطاء لان الخاطئ معذور وعند الشافعي فيقضي
بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه ما ذكرنا قال ومن العين الف
دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم وقال الشافعي من الورق اثنا عشر الفا
لما روى ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي عليه السلام قضى بذلك ولنا ما روي عن
عمر رضي الله عنه ان النبي عليه الصلاة والسلام قضى بالدية في قتيل بعشرة آلاف درهم
وتأويل ما روى انه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت كذلك
قال ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلاثة عند ابي حنيفة وقالا منها ومن البقر
مائتا بقرة ومن الغنم الفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان لان عمر رضي
هكذا جعل على اهل كل مال منها وله ان التقدير انما يستقيم بشيء معلوم المالية وهذه
الاشياء مجهولة المالية ولهذا لا يقدر بها ضمان والتقدير بالابل عرف بالآثار
المشهورة عدمناها في غيرها وذكر في المعاقل انه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة
او مائتي بقرة لا يجوز وهذا آية التقدير بذلك ثم قيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف
وقيل هو قولهما قال ودية المرأة على النصف من دية الرجل وقد ورد هذا اللفظ
موقوفا على علي رضي الله عنه ومرفوعا الى النبي صلى الله تعالى عليه وسلم وقال الشافعي فيما دون
الثلث لا يتنصف وامامه فيه زيد بن ثابت رضي الله عنه والحجة عليه ما رويناه
بعمومه ولان حالها انقص من حال الرجل ومنفعتها اقل وقد ظهر اثر النقصان
بالتنصيف في النفس فكذا في اطرافها واجزائها اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه
قال ودية المسلم والذمي سواء وقال الشافعي دية اليهودي والنصراني اربعة آلاف
درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم وقال مالك دية اليهودي والنصراني ستة آلاف
درهم لقوله عليه السلام عقل الكافر نصف عقل المسلم والكل عنده اثنا عشر الفا و
للشافعي ما روي ان النبي عليه السلام جعل دية اليهودي والنصراني اربعة آلاف درهم

نحن

ودية

ودية المجوسي ثمانمائة درهم ولنا قوله عليه السلام دية كل ذي عهد في عهده الف
دينار وكذلك قضى ابو بكر وعمر رضي الله عنهما وما رواه الشافعي لم يعرف رواته
ولم يذكر في كتب الحديث وما رويناه اشهر مما رواه مالك فانه ظهر به عمل الصحابة
رضي الله عنهم

فصل فيما دون النفس

قال وفي النفس الدية وقد ذكرناه قال
وفي المارن الدية وفي اللسان الدية والاصل فيه ما روى سعيد بن المسيب رح
ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن
الدية وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم
رضي الله عنه والاصل في الاطراف انه اذا فوت جنس منفعة على الكمال او ازال
جمالا مقصودا في الآدمي على الكمال يجب كل الدية لاتلافه النفس من وجه وهو
ملحق بالاتلاف من كل وجه تعظيما للآدمي اصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم
بالدية كلها في اللسان والانف وعلى هذا ينسحب فروع كثيرة فقوله في الانف
الدية لانه ازال الجمال على الكمال وهو مقصود وكذا اذا قطع المارن او الارنبة
لما ذكرنا ولو قطع المارن مع القصبة لا يزاد على دية واحدة لانه عضو واحد
وكذا اللسان لفوات منفعة مقصودة وهو النطق وكذا في قطع بعضه اذا منع الكلام
لتفويت منفعة مقصودة وان كانت الآلة قائمة ولو قدر على التكلم ببعض الحروف
قيل تقسم على عدد الحروف وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فبقدر ما لا
يقدر تجب وقيل ان قدر على اداء اكثرها تجب حكومة عدل لحصول الافهام
مع الاختلال وان عجز عن اداء الاكثر يجب كل الدية لان الظاهر انه لا يحصل منفعة
الكلام وكذا الذكر لانه تفوت به منفعة الوطي والايلاد واستمساك البول والرمي
به ودفق الماء والايلاج الذي هو طريق الاعلاق عادة وكذا في الحشفة الدية
كاملة لان الحشفة اصل في منفعة الايلاج والدفق والقصبة كالتابع له قال وفي
العقل اذا ذهب بالضرب الدية لفوات منفعة الادراك اذ به ينتفع بنفسه في معاشه
ومعاده وكذا اذا ذهب سمعه او بصره او شمه او ذوقه لان كل واحد منها
منفعة مقصودة وقد روي ان عمر رضي الله عنه قضى باربع ديات في ضربة واحدة
ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر قال وفي اللحية اذا حلقت فلم تنبت الدية
لانه تفوت به منفعة الجمال قال وفي شعر الرأس الدية لما قلنا وقال مالك وهو
قول الشافعي تجب فيهما حكومة عدل لان ذلك زيادة في الآدمي ولهذا يحلق شعر

وفي الذكر الدية م

الحروف التي تتعلق باللسان [illegible]

الرأس كله واللحية بعضها في بعض البلاد وصار كشعر الصلع في الشباب وهنا يجب في شعر
العبد نقصان القيمة ولنا ان اللحية في وقتها جمال وفي حلقها تفويته على الكمال
فيجب الدية كما في الاذنين الشاخصتين وكذا شعر الرأس جمال ألا يرى ان من عدمه
خلقة يتكلف في ستره بخلاف شعر الصدر والساق لانه لا يتعلق به الجمال قال
اما لحية العبد فعن ابي حنيفة انه يجب كمال القيمة والتخريج على الظاهر ان المقصود في
العبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال بخلاف الحر قال وفي الشارب حكومة عدل هو
الاصح لانه تابع اللحية فصار كبعض اطرافها ولحية الكوسج ان كان على ذقنه شعرات
معدودة فلا شيء في حلقه لان وجوده يشينه ولا يزينه وان كان اكثر من ذلك
وكان على الذقن والخد جميعا لكنه غير متصل ففيه حكومة عدل لان فيه بعض الجمال
وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال وهذا كله
اذا فسد المنبت فان نبت حتى استوى كما كان لا يجب شيء لانه لم يبق اثر الجناية
ويؤدب على ارتكابه ما لا يحل وان نبتت بيضاء فعن ابي حنيفة انه لا يجب شيء
في الحر لانه يزيده جمالا وفي العبد يجب حكومة عدل لانه ينقص قيمته وعندهما يجب
حكومة عدل لانه في غير اوانه يشينه ولا يزينه ويستوي العمد والخطأ على هذا
الجمهور وفي الحاجبين الدية وفي احدهما نصف الدية وعند مالك والشافعي يجب
حكومة عدل وقد مر الكلام فيه في اللحية قال وفي العينين الدية وفي اليدين
الدية وفي الرجلين الدية وفي الشفتين الدية وفي الاذنين الدية وفي
الانثيين الدية كذا روي في حديث سعيد بن المسيب رض عن النبي صلى الله عليه وسلم
قال وفي كل واحد من هذه الاشياء نصف الدية وفيما كتبه النبي صلى الله عليه وسلم
لعمرو بن حزم رضي الله عنه وفي العينين الدية وفي احداهما نصف الدية ولان في
تفويت الاثنين من هذه الاشياء تفويت جنس المنفعة او كمال الجمال فيجب كمال الدية
وفي تفويت احدهما تفويت النصف فيجب نصف الدية قال وفي ثديي المرأة الدية
لما فيه من تفويت جنس المنفعة وفي احديهما نصف دية المرأة لما بينا بخلاف ثديي
الرجل حيث يجب حكومة عدل لانه ليس فيه تفويت جنس المنفعة ولا الجمال وفي
حلمتي المرأة الدية كاملة لفوات جنس منفعة الارضاع وامساك اللبن وفي احديهما
نصفها لما بيناه قال وفي اشفار العينين الدية وفي احدها ربع الدية قال رح
يحتمل ان مراده الاهداب مجازا كما ذكر محمد في الاصل للمجاورة كالراوية للقربة

دي

وهي حقيقة في المنبت وهذا لانه يفوت به الجمال على الكمال وجنس المنفعة وهي
منفعة دفع الاذى والقذى عن العين اذ هو يندفع بالهدب واذا كان الواجب
في الكل كل الدية وهي اربعة كان في احدها ربع الدية وفي ثلاثة منها ثلاثة ارباعها
ويحتمل ان يكون مراده منبت الشعر والحكم فيه هكذا ولو قطع الجفون باهدابها
ففيه دية واحدة لان الكل كشيء واحد وصار كالمارن مع القصبة قال وفي كل
اصبع من اصابع اليدين والرجلين عشر الدية لقوله عليه السلام في كل اصبع عشر من
الابل ولان في قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشر فتنقسم
الدية عليها قال والاصابع كلها سواء لاطلاق ما روينا ولانها سواء في
اصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة فيه كاليمين مع الشمال وكذا اصابع الرجلين لانه
يفوت بقطع كلها منفعة المشي فيجب الدية كاملة ثم فيها عشر اصابع فتنقسم الدية عليها
اعشارا قال وكل اصبع فيها ثلاثة مفاصل ففي احدها ثلث دية الاصبع وما فيها
مفصلان ففي احدهما نصف دية الاصبع وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع
قال وفي كل سن خمس من الابل لقوله عليه السلام في حديث ابي موسى الاشعري رضي الله عنه
وفي كل سن خمس من الابل والاسنان والاضراس سواء لاطلاق ما روينا ولما روي
في بعض الروايات والاسنان كلها سواء ولان كلها في اصل المنفعة سواء فلا يعتبر
التفاضل كالايدي والاصابع وهذا اذا كان خطأ فان كان عمدا ففيه القصاص
وقد مر في الجنايات قال ومن ضرب عضوا فاذهب منفعته ففيه دية كاملة
كاليد اذا شلت والعين اذا ذهب ضوؤها لان المتعلق تفويت جنس المنفعة لا فوات
الصورة ومن ضرب صلب غيره فانقطع ماؤه يجب الدية لتفويت جنس المنفعة
وكذا لو احدبه لانه فوت جمالا على الكمال وهو استواء القامة فلو زالت الحدوبة
لا شيء عليه لزوالها لا عن اثر

فصل في الشجاج

قال الشجاج عشرة
الحارصة وهي التي تحرص الجلد اي تخدشه ولا تخرج الدم والدامعة وهي التي
تظهر الدم ولا تسيله كالدمع في العين والدامية وهي التي تسيل الدم والباضعة
وهي التي تبضع الجلد اي تقطعه والمتلاحمة وهي التي تأخذ في اللحم والسمحاق
وهي التي تصل الى السمحاق وهي جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الرأس والموضحة وهي
التي توضح العظم اي تبينه والهاشمة وهي التي تكسر العظم والمنقلة وهي التي تنقل
العظم بعد الكسر اي تحوله والآمة وهي التي تصل الى ام الرأس وهو الذي فيه

الدامغة. قال ففي الموضحة القصاص ان كانت عمدا لما روي انه عليه السلام قضى بالقصاص
في الموضحة ولانه يمكن ان ينتهي السكين الى العظم فيتساويان فيتحقق القصاص قال
ولا قصاص في بقية الشجاج لانه لا يمكن اعتبار المساواة فيها لانه لا حد ينتهي السكين
اليه ولان فيما فوق الموضحة كسر العظم ولا قصاص فيه وهذا رواية عن ابي حنيفة وقال
محمد في الاصل وهو ظاهر الرواية يجب القصاص فيما قبل الموضحة لانه يمكن اعتبار
المساواة فيه اذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف هلاك غالب فيسبر غورها بمسبار
ثم تتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص قال
وفيما دون الموضحة حكومة عدل لانه ليس فيها ارش مقدر ولا يمكن اهداره فوجب
اعتباره بحكم العدل وهو ماثور عن النخعي وعمر بن عبد العزيز رحمهما الله قال وفي الموضحة
ان كانت خطأ نصف عشر الدية وفي الهاشمة عشر الدية وفي المنقلة عشر الدية
ونصف عشر الدية وفي الآمة ثلث الدية وفي الجائفة ثلث الدية فان نفذت فهما
جائفتان ففيهما ثلثا الدية لما روي في كتاب عمرو بن حزم ان النبي عليه السلام قال
وفي الموضحة خمس من الابل وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة خمس عشرة وفي الآمة ويروى
المأمومة ثلث الدية وقال عليه السلام في الجائفة ثلث الدية وعن ابي بكر رضي الله عنه
انه حكم في جائفة نفذت الى الجانب الآخر بثلثي الدية ولانها اذا نفذت نزلت
منزلة جائفتين احداهما من جانب البطن والاخرى من جانب الظهر وفي كل جائفة
ثلث الدية فلهذا وجب في النافذة ثلثا الدية وعن محمد انه جعل المتلاحمة قبل
الباضعة وقال هي التي يتلاحم فيها الدم ويسود وما ذكرناه مروي عن ابي يوسف
وهذا اختلاف عبارة لا يعود الى معنى وحكم وبعد هذا شجة اخرى تسمى الدامغة وهي
التي تصل الى الدماغ وانما لم يذكرها لانها تقع قتلا في الغالب لا جناية مقتصرة
منفردة بحكم على حدة ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والراس لغة وما كان في غير الوجه
والراس يسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة في الصحيح حتى لو تحققت في غيرهما نحو
الساق واليد لا يكون لها ارش مقدر وانما تجب حكومة عدل لان التقدير بالتوقيف
وهذا انما ورد فيما يختص بهما ولانه انما ورد الحكم فيها لمعنى الشين الذي يلحقه
ببقاء اثر الجراحة والشين يختص بما يظهر منها في الغالب وهو العضوان هذان
لا سواهما واما اللحيان فقد قيل ليسا من الوجه وهو قول مالك حتى لو وجد فيهما ما فيه
ارش مقدر لا يجب المقدر وهذا لان الوجه مشتق من المواجهة ولا مواجهة للناظر

فيهما

فيهما الا ان عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة
ايضا وقالوا الجائفة تختص بالجوف سواء كان جوف الراس او جوف البطن
وتفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوي ان يقوم مملوكا بدون هذا الاثر
ويقوم وبه هذا الاثر ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين فان كان نصف عشر القيمة
يجب نصف عشر الدية وان كان ربع عشر فربع عشر وقال الكرخي ينظر كم مقدار
هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان ما لا نص فيه يرد
الى المنصوص عليه **فصل** وفي اصابع اليد نصف الدية لان في كل اصبع عشر
الدية على ما روينا فكان في الخمس نصف الدية ولان في قطع الاصابع تفويت
جنس منفعة البطش وهو الموجب على ما مر فان قطعها مع الكف ففيه نصف الدية
لقوله عليه السلام وفي اليدين الدية وفي احداهما نصف الدية ولان الكف تبع للاصابع
لان البطش بها وان قطعها مع نصف الساعد ففي الاصابع والكف نصف الدية
وفي الزيادة حكومة عدل وهو رواية عن ابي يوسف وعنه ان ما زاد على اصابع
اليد والرجل فهو تبع الى المنكب والى الفخذ لان الشرع اوجب في اليد الواحدة
نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب فلا يزاد على تقدير الشرع ولهما
ان اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع فلم يجعل
الذراع تبعا في حق التضمين ولانه لا وجه الى ان يكون تبعا للاصابع لان بينهما
عضوا كاملا ولا الى ان يكون تبعا للكف لانه تابع ولا تبع للتبع قال وان
قطع الكف من المفصل وفيها اصبع واحدة ففيه عشر الدية وان كان اصبعان فالخمس
ولا شيء في الكف وهذا عند ابي حنيفة وقالا ينظر الى ارش الكف والاصبع فيكون
عليه الاكثر ويدخل القليل في الكثير لانه لا وجه الى الجمع بين الارشين لان الكل شيء
واحد ولا الى اهدار احدهما لان كل واحد اصل من وجه فرجحنا بالكثرة وله
ان الاصابع اصل والكف تابع حقيقة وشرعا لان البطش يقوم بها واوجب
الشرع في اصبع واحدة عشرا من الابل والترجيح من حيث الذات والحكم اولى من الترجيح
من حيث مقدار الواجب ولو كان في الكف ثلاثة اصابع يجب ارش الاصابع ولا شيء
في الكف بالاجماع لان الاصابع اصول في التقوم وللاكثر حكم الكل فاستتبعت
الكف كما اذا كانت الاصابع قائمة باسرها قال وفي الاصبع الزائدة حكومة عدل
تشريفا للآدمي لانه جزء من يده لكن لا منفعة فيه ولا زينة وكذلك السن الشاغية

لما قلنا . وفي عين الصبي وذكره ولسانه اذا لم تعلم صحته حكومة عدل وقال الشافعي تجب الدية
كاملة لان الغالب فيه الصحة فاشبه قطع المارن والاذن . ولنا ان المقصود من هذه
الاعضاء المنفعة فاذا لم تعلم صحتها لا يجب الارش الكامل بالشك والظاهر لا يصلح
حجة للالزام بخلاف المارن والاذن الشاخصة لان المقصود هو الجمال وقد فوته
على الكمال وكذلك لو استهل الصبي لانه ليس بكلام وانما هو مجرد صوت ومعرفة الصحة
فيه بالكلام وفي الذكر بالحركة وفي العين بما يستدل به على النظر فيكون بعد ذلك
حكمه حكم البالغ في العمد والخطأ . قال ومن شج رجلا فذهب عقله او شعر راسه دخل
ارش الموضحة في الدية لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء فصار كما اذا
اوضحه فمات وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط والدية
بفوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد فدخل الجزء في الجملة كما اذا قطع اصبع رجل
فشلت يده وقال زفر لا يدخل لان كل واحد جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان
كسائر الجنايات وجوابه ما ذكرناه . قال وان ذهب سمعه او بصره او كلامه فعليه ارش
الموضحة مع الدية . قالوا هذا قول ابي حنيفة وعن ابي يوسف ان الشجة تدخل في دية السمع
والكلام ولا تدخل في دية البصر وجه الاول ان كلا منهما جناية فيما دون النفس والمنفعة
مختصة به فاشبه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لان منفعته عائدة الى جميع الاعضاء
على ما بينا . وجه الثاني ان السمع والكلام مبطن فيعتبر بالعقل والبصر ظاهر فلا يلحق به
قال وفي الجامع الصغير ومن شج رجلا موضحة فذهبت عيناه فلا قصاص في ذلك عند
ابي حنيفة قالوا وينبغي ان تجب الدية فيهما وقالا في الموضحة القصاص قالوا وينبغي ان
تجب الدية في العينين وان قطع اصبع رجل من المفصل الاعلى فشل ما بقي من الاصبع
او اليد كلها لا قصاص عليه في شيء من ذلك وينبغي ان تجب الدية في المفصل الاعلى
وفيما بقي حكومة عدل وكذلك لو كسر سن رجل فاسود ما بقي ولم يحك خلافا وينبغي
ان تجب الدية في السن كله ولو قال اقطع المفصل واترك ما يبس او اكسر القدر المكسور
واترك الباقي لم يكن له ذلك لان الفعل في نفسه ما وقع موجبا للقود فصار كما اذا
شجه منقلة فقال اشجه موضحة واترك الزيادة لهما في الخلافية ان الفعل في محلين فيكون
جنايتين مبتدأتين فالشبهة في احداهما لا تتعدى الى الاخرى كمن رمى الى رجل عمدا فاصابه
ونفذ الى غيره فقتله يجب القود في الاول والدية في الثاني وله ان الجراحة الاولى سارية
والجزاء بالمثل وليس في وسعه الساري فيجب المال ولان الفعل واحد حقيقة وهو الحركة

القائمة

القائمة وكذلك المحل متحد من وجه لاتصال احدهما بالآخر فاورثت نهايته شبهة الخطأ
في البداية بخلاف النفسين لان احدهما ليس من سراية صاحبه وبخلاف ما اذا وقع
السكين على الاصبع لانه ليس فيه متعمدا وان قطع اصبعا فشلت الى جنبها اخرى
فلا قصاص في شيء من ذلك عند ابي حنيفة وقالا وزفر والحسن يقتص من الاولى
وفي الثانية ارشها والوجه من الجانبين قد ذكرناه وروى ابن سماعة عن محمد رح
في المسئلة الاولى وهي ما اذا شج موضحة فذهب بصره انه يجب القصاص فيهما لان
الحاصل بالسراية مباشرة كما في النفس والبصر يجري فيه القصاص بخلاف الخلاف فيه الاخرى
لان الشلل لا قصاص فيه فصار الاصل عند محمد على هذه الرواية ان سراية ما يجب
فيه القصاص الى ما يمكن فيه القصاص توجب القصاص كما لو آلت الى النفس وقد
وقع الاول ظلما ووجه المشهور ان ذهاب البصر بطريق التسبيب الا ترى
ان الشجة بقيت موجبة في نفسها ولا قود في التسبيب بخلاف السراية الى النفس
لانه لا يبقى الاول فانقلبت الثانية مباشرة ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص
الا على رواية ابن سماعة ولو اوضحه موضحتين فتآكلتا فهو على الروايتين هاتين
ولو قلع سن رجل فنبتت مكانها اخرى سقط الارش في قول ابي حنيفة وقالا
عليه الارش كاملا لان الجناية قد تحققت والحادث نعمة مبتدأة من الله تعالى وله
ان الجناية انعدمت معنى فصار كما اذا قلع سن صبي فنبتت لا يجب الارش بالاجماع
لانه لم تفت عليه منفعة ولا زينة . وعن ابي يوسف انه تجب حكومة عدل لمكان
الالم الحاصل ولو قلع سن غيره فردها صاحبها في مكانها ونبت عليها اللحم فعلى
القالع الارش بكماله لان هذا مما لا يعتد به اذ العروق لا تعود وكذا اذا قطع اذنه
فالصقها فالتحمت لانها لا تعود الى ما كانت عليه ومن نزع سن رجل فانتزع
المنزوعة سنه سن النازع فنبتت سن الاول فعلى الاول لصاحبه خمسمائة درهم لانه
تبين انه استوفى بغير حق لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبتت مكانها
اخرى فانعدمت الجناية ولهذا يستأنى حولا بالاجماع وكان ينبغي ان ينتظر
الياس في ذلك للقصاص الا ان في اعتبار ذلك تضييع الحقوق فاكتفينا بالحول
لانه تنبت فيه ظاهرا فاذا مضى الحول ولم تنبت قضينا بالقصاص فاذا نبتت تبين
انا اخطأنا فيه والاستيفاء كان بغير حق الا انه لا يجب القصاص للشبهة فيجب
المال ولو ضرب انسانا سنه فتحركت يستأني حولا ليظهر اثر فعله فلو اجله القاضي

كذا
غير تسقط

سنه ثم جاء المضروب وقد سقطت سنه فاختلفا قبل السنة فيما سقطت بضربه
فالقول للمضروب ليكون التاجيل مفيدا وهذا بخلاف ما اذا شجه موضحة فجاء و
قد صارت منقلة فاختلفا حيث يكون القول قول الضارب لان الموضحة لا تورث
المنقلة اما التحريك يؤثر في السقوط فافترقا وان اختلفا في ذلك بعد السنة فالقول
للضارب لانه ينكر اثر فعله وقد مضى الاجل الذي وقته القاضي لظهور الاثر فكان
القول للمنكر ولو لم يسقط لا شيء على الضارب وعن ابي يوسف رح انه يجب حكومة الالم
وسنبين الوجهين بعد هذا ان شاء الله تعالى ولو لم يسقط ولكنها اسودت يجب الارش
في الخطاء على العاقلة وفي العمد في ماله ولا يجب القصاص لانه لا يمكنه ان يضربه
ضربا تسود منه وكذا اذا كسر بعضه واسود الباقي لا قصاص لما ذكرنا وكذا لو احمر
او اخضر ولو اصفر فيه روايتان قال ومن شج رجلا فالتحمت ولم يبق لها اثر ونبت
الشعر سقط الارش عند ابي حنيفة لزوال الشين الموجب وقال ابو يوسف عليه ارش
الالم وهو حكومة العدل لان الشين وان زال فالالم الحاصل ما زال فيجب تقويمه عدل ؛
وقال محمد عليه اجرة الطبيب لانه انما لزمه اجرة الطبيب وثمن الادوية بفعله الدواء
فصار كانه اخذ ذلك من ماله الا ان ابا حنيفة يقول ان المنافع على اصلنا لا تتقوم
الا بعقد او بشبهة ولم يوجد في حق الجاني فلا يغرم شيئا قال ومن ضرب رجلا
مائة سوط فجرحه فبرا منها فعليه ارش الضرب معناه اذا بقي اثر الضرب فاما اذا
لم يبق اثر فهو على اختلاف قد مضى في الشجة الملتحمة قال ومن قطع يد رجل خطاء
ثم قتله قبل البرء فعليه الدية وسقط ارش اليد لان الجناية من جنس واحد
والموجب واحد وهو الدية وانها بدل النفس بجميع اجزائها فدخل الطرف في النفس
كانه قتله ابتداء قال ومن جرح رجلا جراحة لم يقتص منه حتى يبرا وقال الش يقتص
منه في الحال اعتبارا بالقصاص في النفس وهذا لان الموجب قد تحقق فلا يعطل
ولنا قوله عليه السلام يستانى في الجراحات سنة ولان الجراحات يعتبر فيها مآلها لا
حالها لان حكمها في الحال غير معلوم فلعلها تسري الى النفس فيظهر انه قتل وانما
يستقر الامر بالبرء قال وكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة فالدية في مال القاتل
وكل ارش وجب بالصلح فهو في مال القاتل لقوله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العواقل عمدا
الحديث وهذا عمد غير ان الاول يجب في ثلث سنين لانه مال وجب بالقتل ابتداء
فاشبه شبه العمد والثاني يجب حالا لانه مال وجب بالعقد فاشبه الثمن في البيع قال

قال واذا قتل الاب ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلث سنين وقال الش فهي تجب
حالة لان الاصل ان ما يجب بالاتلاف يجب حالا والتاجيل للتخفيف في الخاطئ
وهذا عامد فلا يستحقه ولان المال وجب جبرا لحقه وحقه في نفسه حال فلا
ينجبر بالمؤجل ولنا انه مال واجب بالقتل فيكون مؤجلا كدية الخطاء وشبه العمد
وهذا لان القياس يابى تقوم الادمي بالمال لعدم التماثل والتقويم ثبت
بالشرع وقد ورد به مؤجلا لا معجلا فلا يعدل عنه لا سيما الى زيادة ولما لم
يجز التغليظ باعتبار العمدية قدرا لا يجوز وصفا وكل جناية اعترف بها الجاني
فهي في ماله ولا يصدق على عاقلته لما روينا ولان الاقرار لا يتعدى المقر لقصور
ولايته على غيره فلا يظهر في حق العاقلة قال وعمد الصبي والمجنون خطاء
وفيه الدية على العاقلة وكذا كل جناية موجبها خمسمائة فصاعدا والمعتوه كالمجنون
وقال الش عمده عمد حتى تجب الدية في ماله لانه عمد حقيقة اذ العمد هو القصد غير انه
تخلف عنه احد حكميه وهو القصاص فينسحب عليه حكمه الاخر وهو الوجوب في ماله ولهذا
تجب الكفارة به ويحرم عن الميراث على اصله لانهما يتعلقان بالقتل ولنا ما روي
عن علي رضي الله عنه انه جعل عقل المجنون على عاقلته وقال عمده وخطاؤه سواء ولان
الصبي مظنة المرحمة والعاقل الخاطئ لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة
فالصبي وهو اعذر اولى بهذا التخفيف ولا نسلم تحقق العمدية فانها تترتب على العلم
والعلم بالعقل والمجنون عديم العقل والصبي قاصر العقل فانى يتحقق منهما القصد
وصار كالنائم وحرمان الميراث عقوبة وهما ليسا من اهل العقوبة والكفارة
كاسمها ستارة ولا ذنب تستره لانهما مرفوعا القلم

فصل في الجنين

واذا ضرب بطن امراة فالقت جنينا ميتا ففيه غرة نصف عشر الدية قال معناه دية الرجل عشر ؛
وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المراة وكل منهما خمسمائة درهم والقياس
ان لا يجب شيء لانه لم يتيقن بحيوته والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وجه
الاستحسان ما روي عن النبي عليه السلام انه قال في الجنين غرة عبد او امة قيمته
خمسمائة ويروى او خمسمائة درهم فتركنا القياس بالاثر وهو حجة على من قدرها درهم ؛
بستمائة نحو مالك والش وهي على العاقلة عندنا اذا كانت خمسمائة وقال
مالك في ماله لانه بدل الجزء ولنا انه عليه السلام قضى بالغرة على العاقلة ولانه بدل
النفس ولهذا سماه النبي عليه السلام دية حيث قال دوه وقال اندي من لا صاح

وفي بعض النسخ اذ كانت
بدل اذا كانت
لا

ولو استهل الحديث الا ان العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة وتجب في سنة وقال الشافعي
في ثلث سنين لانه بدل النفس ولهذا يكون موروثا بين ورثته ولنا ما روي عن محمد بن الحسن انه
قال بلغنا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل على العاقلة في سنة ولانه ان كان بدل
النفس من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام فعملنا بالشبه
الاول في حق التوريث وبالثاني في حق التاجيل الى سنة لان بدل العضو اذا كان
ثلث الدية او اقل واكثر من نصف العشر يجب في سنة بخلاف اجزاء الدية لان كل جزء
منها على من وجب يجب في ثلث سنين ويستوي فيه الذكر والانثى لاطلاق ما روينا
ولان في الحيين انما ظهر التفاوت لتفاوت معاني الآدمية ولا تفاوت في الجنينين
فيقدر بمقدار واحد وهو خمسمائة فان القته حيا ثم مات ففيه الدية كاملة لانه اتلف فيقدر
حيا بالضرب السابق وان القته ميتا ثم ماتت الام فعليه دية بقتل الام وغرة بالقائها
وقد صح ان النبي عليه السلام قضى في هذا بالغرة والدية وان ماتت الام من الضربة ثم خرج
الجنين بعد ذلك حيا ثم مات فعليه دية في الام ودية في الجنين لانه قاتل شخصين
وان ماتت ثم القت ميتا فعليه دية في الام ولا شيء في الجنين وقال الشافعي تجب
الغرة في الجنين لان الظاهر موته بالضرب فصار كما اذا القته ميتا وهي حية ولنا
ان موت الام احد سببي موته لانه يختنق بموتها اذ تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان
بالشك قال وما يجب في الجنين موروث عنه لانه بدل نفسه فيرثه ورثته ولا
يرثه الضارب حتى لو ضرب امرأته فالقت ابنه ميتا فعلى عاقلة الاب غرة ولا يرث بطن
منها لانه قاتل بغير حق مباشرة ولا ميراث للقاتل قال وفي جنين الامة اذا
كان ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان انثى وقال الشافعي فيه عشر
قيمة الام لانه جزء من وجه وضمان الاجزاء يؤخذ مقدارها من الاصل ولنا انه
بدل نفسه لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان في الاصل ولا معتبر به
في ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها وقال ابو يوسف يجب ضمان النقصان
لو انتقصت الام اعتبارا بجنين البهائم وهذا لان الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده
على ما نذكر فصح الاعتبار على اصله فان ضربت فاعتق المولى ما في بطنها ثم القته
حيا ثم مات ففيه قيمته حيا ولا تجب الدية وان مات بعد العتق لانه قتله بالضرب السابق
وقد كان في حالة الرق فلهذا تجب القيمة دون الدية وتجب قيمته حيا لانه صار
قاتلا اياه وهو حي فنظرنا الى حالتي السبب والتلف وقيل هذا عندهما وعند محمد يجب

تجب

تجب قيمته ما بين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب لان الاعتاق قاطع للسراية على ما
ياتيك من بعد ان شاء الله تعالى قال ولا كفارة في الجنين وعند الشافعي تجب لانه نفس
من وجه فتجب الكفارة احتياطا ولنا ان الكفارة فيها معنى العقوبة وقد عرفت
في النفوس المطلقة فلا تتعداها ولهذا لم يجب كل البدل قالوا الا ان يشاء ذلك
لانه ارتكب محظورا فاذا تقرب الى الله تعالى كان افضل له ويستغفر مما صنع والجنين
الذي استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام في جميع هذه الاحكام لاطلاق ما روينا قدم
ولانه ولد في حق امومية الولد وانقضاء العدة والنفاس وغير ذلك فكذا في حق هذا
الحكم ولان بهذا القدر يتميز من العلقة والدم فكان نفسا **باب ما يحدثه الرجل في الطريق**
قال ومن اخرج الى الطريق الاعظم كنيفا او ميزابا او جرصنا او بنى دكانا فلرجل
من عرض الناس ان ينزعه لان كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوابه فكان
له حق النقض كما في الملك المشترك فان لكل واحد حق النقض لو احدث غيرهم فيه
شيئا فكذا في الحق المشترك قال ويسع للذي عمله ان ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين لان
له حق المرور ولا ضرر فيه فيلحق ما في معناه به اذ المانع متعنت فاذا اضر
بالمسلمين كره له ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار في الاسلام قال وليس
لاحد من اهل الدرب الذي ليس بنافذ ان يشرع كنيفا ولا ميزابا الا باذنهم
لانها مملوكة لهم ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال فلا يجوز التصرف اضرهم او لم
يضرهم الا باذنهم وفي الطريق النافذ له التصرف الا اذا اضر لانه يتعذر الوصول
الى اذن الكل فجعل في حق كل واحد كانه هو المالك وحده حكما كيلا يتعطل عليه طريق
الانتفاع ولا كذلك غير النافذ لان الوصول الى ارضائهم ممكن فبقي على الشركة
حقيقة وحكما قال واذا اشرع في الطريق روشنا او ميزابا او نحوه فسقط على انسان
فعطب فالدية على عاقلته لانه متسبب لتلفه متعد بشغله هواء الطريق وهذا من اسباب
الضمان وهو الاصل وكذا اذا سقط شيء مما ذكرنا في اول الباب وكذا اذا تعثر اسقط ١٢
بنقضه انسان او عطبت به دابة وان عثر بذلك رجل فوقع على آخر فماتا فالضمان
على الذي احدثه فيهما لانه يصير كالدافع اياه عليه وان سقط الميزاب نظر فان
اصابه ما كان منه في الحائط فلا ضمان عليه لانه غير متعد فيه لما انه
وضعه في ملكه وان اصابه ما كان خارجا من الحائط فالضمان على الذي وضعه
لكونه متعديا فيه ولا ضرورة لانه يمكنه ان يركبه في الحائط ولا كفارة عليه

ولا يحرم عن الميراث لانه ليس بقاتل حقيقة ولو اصابه الطرفان جميعا وعلم ذلك
وجب النصف وهدر النصف كما اذا جرحه سبع وانسان ولو لم يعلم اى طرف اصابه
يضمن النصف اعتبارا للاحوال فلو اشرع جناحا الى الطريق ثم باع الدار فاصاب
الجناح رجلا فقتله او وضع خشبة فى الطريق ثم باع الخشبة وبرئ اليه منها فتركها
المشترى حتى عطب بها انسان فالضمان على البائع لان فعله وهو الوضع لم ينفسخ
بزوال ملكه وهو الموجب ولو وضع فى الطريق جمرا فاحرق شيئا يضمنه لانه متعد فيه
ولو حركته الريح الى موضع آخر ثم احرق شيئا لم يضمنه لنسخ الريح فعله وقيل اذا
كان اليوم ريحا يضمنه لانه فعله مع علمه بعاقبته وقد افضى اليها فجعل كمباشرته
ولو استاجر رب الدار الفعلة لاخراج الجناح او الظلة فوقع فقتل انسانا قبل ان
يفرغوا من العمل فالضمان عليهم لان التلف بفعلهم وما لم يفرغوا لم يكن العمل مسلما الى رب
الدار وهذا لانه انقلب فعلهم قتلا حتى وجبت عليهم الكفارة والقتل غير داخل فى عقده
فلم يتسلم فعلهم اليه فاقتصر عليهم وان سقط بعد فراغهم فالضمان على رب الدار استحسانا
لانه صح الاستيجار حتى استحق الاجر ووقع فعلهم عمارة واصلاحا فانتقل فعلهم اليه
فكانه فعل بنفسه فلهذا يضمنه وكذا اذا صب الماء فى الطريق فعطب به انسان او
دابة وكذا اذا رش الماء او توضا لانه متعد فيه بالحاق الضرر بالمارة بخلاف ما
اذا فعل ذلك فى سكة غير نافذة وهو من اهلها او قعد او وضع متاعه لان لكل
واحد ان يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى كما فى الدار المشتركة قالوا
هذا اذا رش ماء كثيرا بحيث يزلق به عادة اما اذا رش ماء قليلا كما هو المعتاد
والظاهر انه لا يزلق به لا يضمن ولو تعمد المرور فى موضع صب الماء فسقط لا يضمن
الراش لانه صاحب علة وقيل هذا اذا رش بعض الطريق لانه يجد موضعا للمرور
ولا اثر للماء فيه فاذا تعمد المرور على موضع صب الماء مع علمه بذلك لم يكن على الراش
شئ وان رش جميع الطريق يضمن لانه مضطر فى المرور وكذلك الحكم فى الخشبة
الموضوعة فى الطريق فى اخذها جميعه او بعضه ولو رش فناء حانوت باذن صاحبه
فضمان ما عطب على الآمر استحسانا ولو استاجر اجيرا لينبى له فى فناء حانوته
فتعقل به انسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الآمر استحسانا ولو كان امره
بالبناء فى وسط الطريق فالضمان على الاجير لفساد الامر قال ومن حفر
بئرا فى طريق المسلمين او وضع حجرا فتلف بذلك انسان فديته على عاقلته وان تلفت

تلفت بهيمة فضمانها فى ماله لانه متعد فيه فيضمن ما يتولد منه غير ان العاقلة تتحمل النفس
دون المال فكان ضمان البهيمة فى ماله والقاء التراب واتخاذ الطين فى الطريق
بمنزلة القاء الحجر والخشبة لما ذكرنا بخلاف ما اذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه
انسان حيث لم يضمن لانه ليس بمتعد فانه ما احدث شيئا فيه انما قصد دفع الاذى
عن الطريق حتى لو جمع الكناسة فى الطريق وتعقل به انسان كان ضامنا لتعديه
بشغله ولو وضع حجرا فنحاه غيره عن موضعه فعطب به انسان فالضمان على الذى
نحاه لان حكم فعله قد انتسخ لفراغ ما شغله وانما اشتغل بالفعل الثانى موضع
آخر وفى الجامع الصغير فى البالوعة يحفرها الرجل فى الطريق فان امره السلطان
بذلك او اجبره عليه لم يضمن لانه غير متعد حيث فعل ما فعل بامر من له الولاية
فى حقوق العامة وان كان بغير امره فهو متعد اما بالتصرف فى حق غيره او
بالافتيات على راى الامام او هو مباح مقيد بشرط السلامة وكذا الجواب على هذا
التفصيل فى جميع ما فعل فى طريق العامة مما ذكرناه وغيره لان المعنى لا يختلف
وكذا ان حفره فى ملكه لا يضمن لانه غير متعد وكذا اذا حفر فى فناء داره
لان له ذلك لمصلحة داره والفناء فى تصرفه وقيل هذا اذا كان الفناء مملوكا له
او كان له حق الحفر فيه لانه غير متعد اما اذا كان لجماعة المسلمين او كان مشتركا
بان كان فى سكة غير نافذة فانه يضمنه لانه مسبب متعد وهذا صحيح ولو حفر فى الطريق
ومات الواقع فيه جوعا او غما لا ضمان على الحافر عند ابى حنيفة لانه مات لمعنى
فى نفسه فلا يضاف الى الحفر والضمان انما يجب اذا مات من الوقوع وقال ابو يوسف
ان مات جوعا فكذلك الجواب وان مات غما فالحافر ضامن له لانه لا سبب للغم سوى
الوقوع اما الجوع لا يختص بالبئر وقال محمد هو ضامن فى الوجوه كلها لانه انما
حدث بسبب الوقوع اذ لولاه لكان الطعام قريبا منه قال وان استاجر اجراء فحفروها
له فى غير فنائه فذلك على المستاجر ولا شئ على الاجراء ان لم يعلموا انها فى غير فنائه
لان الاجارة صحت ظاهرا اذا لم يعلموا فنقل فعلهم اليه لانهم كانوا مغرورين فصار
كما اذا امر آخر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر ان الشاة لغيره الا ان هناك
يضمن المامور ويرجع على الآمر لان الذابح مباشر والآمر متسبب والترجيح للمباشرة
فيضمن ويرجع المغرور وهنا يجب الضمان على المستاجر ابتداء لان كل واحد منهما
مسبب والاجير غير متعد والمستاجر متعد فيرجح جانبه وان علموا بذلك فالضمان

على الاجراء لانه لم يصح امره اذ ليس بمملوك له ولا غرور فبقي الفعل مضافا اليهم
وان قال لهم هذا فنائي وليس لي فيه حق الحفر فحفروا فمات فيه انسان فالضمان
على الاجراء قياسا لانهم علموا بفساد الامر فما غرهم وفي الاستحسان الضمان على
المستاجر لان كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق يده في التصرف فيه من
القاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان فكان الامر بالحفر
في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا فكفى ذلك لنقل الفعل اليه. ومن جعل قنطرة
بغير اذن الامام فتعمد رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان على الذي جعل القنطرة وكذلك
ان وضع خشبة في الطريق فتعمد رجل المرور عليها لان الاول تعدي هو تسبب
والثاني تعدي هو مباشرة فكانت الاضافة الى المباشرة اولى ولان تخلل فعل
فاعل مختار يقطع النسبة كما في الحافر مع الملقي. قال ومن حمل شيئا في الطريق فسقط
على انسان فعطب به انسان فهو ضامن وكذا اذا سقط فتعثر به انسان وان كان رداء قد لبسه
فسقط فعطب به انسان لم يضمن وهذا اللفظ يشمل الوجهين. والفرق ان حامل الشيء
قاصد حفظه فلا حرج في التقييد بوصف السلامة واللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه
فيحرج بالتقييد بما ذكرناه فجعلناه مباحا مطلقا وعن محمد انه اذا لبس ما لا يلبسه
عادة فهو كالحامل لانه لا حاجة له تدعو الى لبسه. قال واذا كان المسجد للعشيرة فعلق
رجل منهم فيه قنديلا او جعل فيه بواري او حصاة فعطب به رجل لم يضمن وان كان
الذي فعل ذلك من غير العشيرة ضمن قالوا هذا عند ابي حنيفة وعندهما لا يضمن في
الوجهين لان هذه من القرب وكل واحد ماذون في اقامتها فلا يتقيد بشرط
السلامة كما اذا فعله باذن واحد من اهل المسجد ولابي حنيفة وهو الفرق ان
التدبير فيما يتعلق بالمسجد لاهله دون غيرهم كنصب الامام واختيار المتولي وفتح
بابه واغلاقه وتكرار الجماعة اذا سبقهم بها غير اهله فكان فعلهم مباحا مطلقا
غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم تعديا او مباحا مقيدا بشرط السلامة وقصد
القربة لا ينافي الغرامة اذا اخطأ الطريق كما اذا انفرد بالشهادة على الزنى
والطريق فيما نحن فيه الاستيذان من اهله. قال وان جلس فيه رجل منهم فعطب به
رجل لم يضمن ان كان في الصلاة وان كان في غير الصلاة ضمن وهذا عند ابي حنيفة
وقالا لا يضمن على كل حال ولو كان جالسا لقراءة القرآن او للتعليم او للصلاة
او نام فيه في اثناء الصلاة او نام في غير الصلاة او مر فيه مارا او قعد فيه

لحديث فهو على هذا الاختلاف واما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل
لا يضمن بالاتفاق لهما ان المسجد انما بني للصلاة والذكر ولا يمكنه اداء الصلاة
بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس مباحا لانه من ضرورات الصلاة او لان
المنتظر للصلاة في الصلاة حكما بالحديث فلا يضمن كما اذا كان فيها ولابي حنيفة
ان المسجد بني للصلاة وهذه الاشياء ملحقة بها فلا بد من اظهار التفاوت
فجعلنا الجلوس للاصل مباحا مطلقا والجلوس لما يلحق به مقيدا بشرط السلامة
ولا غرو ان يكون الفعل مباحا او مندوبا اليه وهو مقيد بشرط السلامة
كالرمي الى الكافر والى الصيد والمشي في الطريق والمشي في المسجد اذا وطئ غيره
والنوم فيه اذا انقلب على غيره وان جلس رجل من غير العشيرة فيه في الصلاة فتعقل به
انسان ينبغي ان لا يضمن لان المسجد بني للصلاة وامر الصلاة بالجماعة ان كان
مفوضا الى اهل المسجد فلكل واحد من المسلمين ان يصلي فيه وحده

فصل في الحائط المائل

قال واذا مال الحائط الى طريق المسلمين فطولب صاحبه بنقضه واشهد
عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به من نفس او
مال والقياس ان لا يضمن لانه لا صنع منه مباشرة ولا مباشرة شرط هو متعد فيه
لان اصل البناء كان في ملكه والميلان وشغل الهواء ليس من فعله فصار كما
اذا سقط قبل الاشهاد وجه الاستحسان ان الحائط لما مال الى الطريق فقد اشتغل
هواء المسلمين بملكه ورفعه في يده فاذا تقدم اليه وطولب بتفريغه يجب عليه فاذا
امتنع صار متعديا بمنزلة ما لو وقع ثوب انسان في حجره يصير متعديا بالامتناع
عن التسليم اذا طولب به حتى يضمن اذا هلك في يده كذا هذا بخلاف ما قبل الاشهاد
لانه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ولانا لو لم نوجب الضمان عليه يمتنع عن التفريغ
فينقطع المارة حذرا على انفسهم فيتضررون به ودفع الضرر العام من الواجب
وله تعلق بالحائط فيتعين لدفع هذا الضرر وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام
منه ثم فيما تلف به من النفوس تجب الدية وتتحملها العاقلة لانه في كونه جناية
دون الخطأ فيستحق فيه التخفيف بالطريق الاولى كيلا يؤدي الى الاستئصال
والاجحاف وما تلف به من الاموال كالدواب والعروض يجب ضمانها في ماله
لان العاقلة لا تعقل المال والشرط التقدم اليه وطلب النقض منه دون
الاشهاد وانما ذكر الاشهاد ليتمكن من اثباته عند انكاره فكان من باب الاحتياط

وصورة الاشهاد ان يقول الرجل اشهدوا اني قد تقدمت الى هذا الرجل في هدم حائطه
هذا ولا يصح الاشهاد قبل ان يهي الحائط لانعدام التعدي ولو بنى الحائط مائلا في
الابتداء قالوا يضمن ما تلف بسقوطه من غير اشهاد لان البناء تعدى ابتداء كما
في اشراع الجناح ويقبل شهادة رجلين او رجل وامرأتين على التقدم لان هذه ليست بشهادة
على القتل وشرط الترك في مدة يقدر على نقضه فيها لانه لا بد من امكان النقض
ليصير بتركه جانيا ويستوي ان يطالبه بنقضه مسلم او ذمي لان الناس كلهم شركاء
في المرور فيصح التقدم اليه من كل واحد منهم رجلا كان او امرأة حرا كان او عبدا
مكاتبا ويصح التقدم اليه عند السلطان وغيره لانه مطالبة بالتفريغ فيتفرد
كل صاحب حق به قال وان مال الى دار رجل فالمطالبة الى مالك الدار خاصة
لان الحق له على الخصوص وان كان فيها سكان فلهم ان يطالبوه لان لهم المطالبة بازالة
ما شغل الدار فكذا بازالة ما شغل هواءها ولو اجله صاحب الدار او ابرأه منها
او فعل ذلك ساكنوها فذلك جائز ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط لان الحق لهم
بخلاف ما اذا مال الى الطريق فاجله القاضي او من اشهد عليه حيث لا يصح لان
الحق لجماعة الناس وليس اليهما ابطال حقهم ولو باع الدار بعدما اشهد عليه وقبضها
المشتري برئ من ضمانه لان الجناية بترك الهدم مع تمكنه وقد زال تمكنه
بالبيع بخلاف اشراع الجناح لانه كان جانيا بالوضع ولم ينفسخ بالبيع فلو بنى
على ما ذكرنا لا ضمان على المشتري لانه لم يشهد عليه بعد شرائه فهو ضامن لتركه
التفريغ مع تمكنه بعد ما طولب به والاصل انه يصح التقدم الى كل من يتمكن من نقض
الحائط وتفريغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم اليه كالمرتهن والمستأجر
والمودع وساكن الدار ويصح التقدم الى الراهن لقدرته على ذلك بواسطة
الفكاك والى الوصي والى اب اليتيم او امه في حائط الصبي لقيام الولاية وذكر
الام في الزيادات لان الضمان في مال اليتيم لان فعل هؤلاء كفعله والى المكاتب
لان الولاية له والى العبد التاجر سواء كان عليه دين او لم يكن لان ولاية
النقض له ثم التالف بالسقوط ان كان مالا فهو في عنق العبد وان كان نفسا
فهو على عاقلة المولى لان الاشهاد من وجه على المولى وضمان المال اليق
بالعبد وضمان النفس بالمولى ويصح التقدم الى احد الورثة في نصيبه وان كان
لا يتمكن من نقض الحائط وحده لتمكنه من اصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة

عليه ولو اشهد

ری

الى القاضي ولو سقط الحائط المائل على انسان بعد الاشهاد فقتله فتعثر بالقتيل
غيره فعطب لا يضمنه لان التفريغ عنه الى الاولياء لا اليه وان عطب بالنقض ضمنه
لان التفريغ اليه اذ النقض ملكه والاشهاد على الحائط اشهاد على النقض لان
المقصود امتناع الشغل وان عطب بجرة كانت على الحائط فسقطت بسقوطه
وهي ملكه ضمنه لان التفريغ اليه وان كانت ملك غيره لا يضمنه لان التفريغ الى
مالكها واذا كان الحائط بين خمسة رجال اشهد على احدهم فقتل انسانا ضمن خمس
الدية ويكون ذلك على عاقلته وان كان دار بين ثلثة نفر فحفر احدهم فيها بئرا او بنى
حائطا فعطب به انسان فعليه ثلثا الدية على عاقلته وهذا عند ابي حنيفة وقالا عليه
نصف الدية على عاقلته في الفصلين لهما انه تلف بنصيب من اشهد عليه معتبر
وبنصيب من لم يشهد عليه هدر فكانا قسمين فانقسم نصفين كما في عقر الاسد
ونهش الحية وجرح الرجل ولابي حنيفة ان الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل
المقدر والعمق المقدر لان اصل ذلك ليس بعلة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة
فيجتمع العلل واذا كان كذلك يضاف الى العلة الواحدة ثم يقسم على اربابها بقدر
الملك بخلاف الجراحات فان كل جراحة علة للتلف بنفسها صغرت او كبرت على ما
عرف الا ان عند المزاحمة اضيف الى الكل لعدم الاولوية

باب جناية البهيمة والجناية عليها

قال الراكب ضامن لما اوطأت الدابة وما اصابت بيدها او رجلها او رأسها
او كدمت او خبطت وكذا اذا صدمت ولا يضمن ما نفحت برجلها او ذنبها و
الاصل ان المرور في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لانه يتصرف في
حقه من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس فقلنا بالاباحة
مقيدا بما ذكرنا ليعتدل النظر من الجانبين ثم انما يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن
الاحتراز عنه ولا يتقيد فيما لا يمكن التحرز عنه لما فيه من المنع عن التصرف وسد بابه
وهو مفتوح والاحتراز عن الايطاء وما يضاهيه ممكن فانه ليس من ضرورات
التسيير فقيدناه بشرط السلامة عنه والنفحة بالرجل والذنب ليس يمكنه
الاحتراز عنه مع السير على الدابة فلم يتقيد به فان اوقفها في الطريق ضمن النفحة
ايضا لانه يمكنه التحرز عن الايقاف وان لم يمكنه عن النفحة فصار متعديا في الايقاف
وشغل الطريق به فيضمنه وان اصابت بيدها او برجلها حصاة او نواة او
اثارت غبارا او حجرا صغيرا ففقأ عين انسان او افسد ثوبه لم يضمن وان كان حجرا

لو

نفی م

الصحيح وطئت كذا به

٤٠ ن

كبرها ضمن لان في الوجه الاول لا يمكنه التحرز عنه اذ سير الدابة لا يخلو عنه وفي الثاني
يمكنه لانه ينفك عن السير عادة وانما ذلك بتعنيف الراكب والمرتدف فيما ذكرنا
كالراكب لان المعنى لا يختلف قال فان راثت او بالت في الطريق وهي تسير فعطب
انسان لم يضمن لانه من ضرورات السير فلا يمكنه الاحتراز عنه وكذا اذا
اوقفها لذلك وان اوقفها لغير ذلك فعطب انسان بروثها او بولها ضمن لانه متعد في هذا الايقاف
لانه ليس من ضرورات السير ثم هو اكثر ضررا بالمارة من السير لما انه ادوم منه
فلا يلحق به قال والسائق ضامن لما اصابت بيدها او رجلها والقائد ضامن لما
اصاب بيدها دون رجلها والمراد النفحة قال رضه هكذا ذكره القدوري في مختصره
واليه مال بعض المشايخ ووجهه ان النفحة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب
عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه وقال اكثر المشايخ ان السائق لا يضمن النفحة
ايضا لانه وان كان يراها فليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه بخلاف الكدمة
لامكانه كبحها بلجامها وبهذا ينطق اكثر النسخ وهو الاصح وقال الشافعي يضمنون
النفحة كلهم لان فعلها مضاف اليهم والحجة عليه ما ذكرناه وقوله الرجل جبار معناه
النفحة بالرجل وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكره وهذا تخويف بالضرب
وفي الجامع الصغير وكل شيء ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد لانهما مسببان
بمباشرتهما شرط التلف وهو تقريب الدابة الى مكان الجناية فيتقيد بشرط
السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب الا ان على الراكب الكفارة فيما اوطأته
الدابة بيدها او رجلها ولا كفارة عليهما ولا على الراكب فيما وراء الايطاء
لان الراكب مباشر فيه لان التلف بثقله وثقل الدابة تبع له فان سير الدابة
مضاف اليه وهي آلة له وهما مسببان لانه لا يتصل منهما الى المحل شيء وكذا
الراكب في غير الايطاء والكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبيب وكذا يتعلق
بالايطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد لانه
يختص بالمباشرة ولو كان راكب وسائق قيل لا يضمن السائق ما وطئت الدابة
لان الراكب مباشر فيه لما ذكرنا والسائق مسبب والاضافة الى المباشر اولى
وقيل الضمان عليهما لان كل ذلك سبب الضمان قال واذا اصطدم فارسان فماتا فعلى
عاقلة كل واحد منهما دية الآخر وقال زفر والشافعي لان كل واحد منهما مات
بفعله وفعل صاحبه لانه بصدمته آلم نفسه وصاحبه فيهدر نصفه ويعتبر نصفه كما اذا

لذلك لان من الدواب ما لا يفعل ذلك الا بالايقاف وان اوقفها

اذ ليس

صلى الله تعالى عليه وسلم

عنه

يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر ويروى ذلك عن علي رضي الله عنه

كان

كان الاصطدام عمدا او جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه جراحة او حفرا على قارعة
الطريق بئرا فانهار عليهما يجب على كل واحد منهما النصف فكذا هذا ولنا ان الموت
مضاف الى فعل صاحبه لان فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق فلا يصلح
مستندا للاضافة في حق الضمان كالماشي اذا لم يعلم بالبئر ووقع فيها لا يهدر
شيء من دمه وفعل صاحبه وان كان مباحا لكن الفعل المباح في غيره سبب الضمان
كالنائم اذا انقلب على غيره وروي عن علي رضي الله عنه انه اوجب على كل واحد منهما
كل الدية فتعارضت روايتاه فرجحنا بما ذكرنا وفيما ذكر من المسائل الفعلان
محظوران فوضح الفرق وهذا الذي ذكرناه اذا كانا حرين في العمد والخطأ
ولو كانا عبدين يهدر الدم في الخطأ لان الجناية تعلقت برقبته دفعا وفداء
وقد فاتت لا الى خلف من غير فعل المولى فهدر ضرورة وكذا في العمد لان
كل واحد منهما هلك بعدما جنى ولم يخلف بدلا ولو كان احدهما حرا والآخر عبدا
ففي الخطأ يجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد فيأخذها ورثة المقتول الحر
ويبطل حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة لان على اصل ابي حنيفة ومحمد
يجب القيمة على العاقلة لانه ضمان الآدمي فقد اخلف بدلا بهذا القدر فيأخذه
ورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف وفي العمد يجب على عاقلة
الحر نصف قيمة العبد لان المضمون هو النصف في العمد وهذا القدر يأخذه ولي
المقتول وما على العبد في رقبته وهو نصف دية الحر يسقط بموته الا قدر
ما اخلف من البدل وهو نصف القيمة ومن ساق دابة فوقع السرج على رجل
فقتله ضمن وكذا على هذا سائر ادواته كاللجام ونحوه وكذا ما يحمل عليها لانه
متعد في هذا التسبيب لان الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد والاحكام فيه
بخلاف الرداء لانه لا يشد في العادة ولانه قاصد لحفظ هذه الاشياء كما في المحمول
على عاتقه دون اللباس على ما مر من قبل فيتقيد بشرط السلامة ومن قاد قطارا
فهو ضامن لما اوطأ فان وطئ بعير انسانا ضمن به القائد والدية على العاقلة لان القائد
عليه حفظ القطار كالسائق وقد امكنه ذلك وقد صار متعديا بالتقصير فيه والتسبيب
بوصف التعدي سبب الضمان الا ان ضمان النفس على العاقلة فيه وضمان المال في ماله
وان كان معه سائق فالضمان عليهما لان قائد الواحد قائد للكل وكذا سائقه
لاتصال الازمة وهذا اذا كان السائق في جانب من الابل اما اذا توسطها واخذ

الكدم

فيتقيد

بزمام واحد يضمن ما عطب بما هو خلفه ويضمن ما تلف بما بين يديه لان القائد
لا يقود ما خلفه الا بتقصير الزمام الى ان يسوق ما يكون قدامه وان
ربط رجل بعيرا الى القطار والقائد لا يعلم فوطئ المربوط انسانا فقتله فعلى
عاقلة القائد الدية لانه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره فاذا ترك الصيانة صار
متعديا وفي التسبيب الدية على العاقلة كما في قتل الخطأ ثم يرجعون بها على عاقلة
الرابط لانه هو الذي اوقعهم في هذه العهدة وانما لا يجب الضمان عليهما في الابتداء
وكل منهما مسبب لان الربط من القائد بمنزلة التسبيب من المباشرة لاتصال
التلف بالقود دون الربط قالوا هذا اذا ربط والقطار تسير لانه امر
بالقود دلالة واذا لم يعلم به لا يمكنه التحفظ من ذلك فيكون قرار الضمان على الرابط
اما اذا ربط والابل قيام ثم قادها ضمنها القائد لانه قاد بعير غيره بغير اذنه
لا صريحا ولا دلالة فلا يرجع بما لحقه عليه قال ومن ارسل بهيمة وكان لها سائقا
فاصاب في فوره يضمنه لان الفعل انتقل اليه بواسطة السوق ولو ارسل طيرا
وساقه فاصاب في فوره لم يضمن والفرق ان بدن البهيمة يحتمل السوق فاعتبر
سوقه والطير لا يحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه بمنزلة وكذا اذا
ارسل كلبا ولم يكن له سائقا لم يضمن ولو ارسله الى صيد ولم يكن له سائقا فاخذ
الصيد فقتله حل كله ووجه الفرق ان البهيمة مختارة في فعلها ولا تصلح نائبة
عن المرسل فلا يضاف فعلها الى غيرها هذا هو الحقيقة الا ان الحاجة مست في الاصطياد
فاضيف الى المرسل لان الاصطياد مشروع ولا طريق له سواه ولا حاجة
في حق ضمان العدوان وعن ابي يوسف انه اوجب الضمان في هذا كله احتياطا
لاموال الناس قال رضي الله عنه وذكر في المبسوط اذا ارسل دابة في طريق المسلمين فما
اصابت في فورها فالمرسل ضامن لان سيرها مضاف اليه ما دامت تسير على
سننها ولو انعطفت يمنة او يسرة انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن له طريق
آخر سواه وكذا اذا وقفت ثم سارت بخلاف ما اذا وقفت بعد الارسال في الاصطياد
ثم سارت فاخذ الصيد لان تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لانه لتمكنه من الصيد
وهذه تنافي مقصود المرسل وهو السير فينقطع حكم الارسال وبخلاف ما
اذا ارسله الى صيد فاصاب نفسا او مالا في فوره لا يضمنه من ارسله وفي الارسال
في الطريق يضمنه لان شغل الطريق تعد فيضمن ما تولد منه اما الارسال للاصطياد

فمباح

القائد

فمباح ولا تسبيب الا بوصف التعدي ولو ارسل بهيمة فافسدت زرعا على فوره ضمن
المرسل وان مالت يمينا او شمالا وله طريق آخر لا يضمن لما مر ولو انفلتت الدابة
فاصابت مالا او آدميا ليلا او نهارا لا ضمان على صاحبها لقوله عليه السلام جرح
العجماء جبار قال محمد وهي المنفلتة ولان الفعل غير مضاف اليه لعدم ما يوجب
النسبة اليه من الارسال واخواته قال شاة لقصاب فقئت عينها ففيها ما نقصها
لان المقصود منها اللحم فلا يعتبر الا النقصان وفي عين بقرة الجزار وجزوره ربع القيمة
وكذا في عين الحمار والبغل والفرس وقال الشافعي فيه النقصان ايضا اعتبارا
بالشاة ولنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في عين الدابة بربع القيمة و
هكذا قضى عمر رضي الله عنه ولان فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة
والجمال والعمل فمن هذا الوجه تشبه الآدمي وقد تمسك للاكل فمن هذا الوجه تشبه
المأكولات فعملنا بالشبهين بشبه الآدمي في ايجاب الربع وبالشبه الآخر في نفي النصف
ولانه انما يمكن اقامة العمل بها باربعة اعين عيناها وعينا المستعمل فكانها ذات
اعين اربعة فيجب الربع بفوات احديها ومن سار على دابة في الطريق فضربها
رجل او نخسها فنفحت رجلها او ضربته بيدها او نفرت فصدمته فقتلته كان ذلك
على الناخس دون الراكب هو المروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما ولان
الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس فاضيف فعل الدابة اليه كانه فعله بيده
ولان الناخس متعد في تسبيبه والراكب في فعله غير متعد فيترجح جانبه في
التغريم للتعدي حتى لو كان واقفا دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب
والناخس نصفين لانه متعد في الايقاف ايضا وان نفحت الناخس كان دمه هدرا
لانه بمنزلة الجاني على نفسه وان القت الراكب فقتلته كان ديته على عاقلة الناخس
لانه متعد في تسبيبه وفيه الدية على العاقلة ولو وثبت بنخسه على رجل او وطئته
فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب لما بيناه والواقف في ملكه والذي
يسير في ذلك سواء وعن ابي يوسف انه يجب الضمان على الناخس والراكب نصفين
لان التلف حصل بثقل الراكب ووطء الدابة والثاني مضاف الى الناخس
فيجب الضمان عليهما وان نخسها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب
لو نخسها ولا ضمان عليه في نفحتها لانه امره بما يملكه اذ النخس في معنى السوق
فصح امره به وانتقل اليه لمعنى الامر ولو وطئت رجلا في سيرها وقد نخسها

الوجه
نفي
دم

النخس باذن الراكب فالدية عليهما جميعا اذا كانت في فورها الذي نخسها لان
سيرها في تلك الحالة مضاف اليهما والاذن يتناول فعله السوق ولا يتناوله
من حيث انه اتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه والركوب وان كان علة الوطئ
فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط او علة للسير والسير علة للوطئ وبهذا
لا يترجح صاحب العلة كمن جرح انسانا فوقع في بئر حفرها غيره على قارعة
الطريق ومات فالدية عليهما لما ان الحفر شرط علة اخرى دون علة الجرح
كذا هذا ثم قيل يرجع الناخس على الراكب بما ضمن في الايطاء لانه فعل بامره وقيل
لا يرجع وهو الاصح فيما اراه لانه لم يامره بالايطاء والنخس ينفصل عنه وصار
كما اذا امر صبيا يستمسك على الدابة بتسييرها فوطئت انسانا فمات حتى ضمن عاقلة
الصبي فانهم لا يرجعون على الامر لانه امره بالتسيير والايطاء ينفصل عنه وكذا
اذا ناوله سلاحا فقتل به آخر حتى ضمن لا يرجع على الامر ثم الناخس انما يضمن اذا
كان الايطاء في فور النخس حتى يكون السوق مضافا اليه واذا لم يكن في فور
ذلك فالضمان على الراكب لانقطاع اثر النخس فبقي السوق مضافا الى الراكب على
الكمال ومن قاد دابة فنخسها رجل فانفلتت من يد القائد فاصابت في فورها
فهو على الناخس وكذا اذا كان لها سائق فنخسها غيره لانه مضاف اليه والناخس
اذا كان عبدا فالضمان في رقبته واذا كان صبيا ففي ماله لانهما مؤاخذان
بافعالهما ولو نخسها شيء منصوب في الطريق فنفحت انسانا فقتلته فالضمان
على من نصب ذلك الشيء لانه متعد بشغل الطريق فاضيف اليه كانه نخسها بفعله

باب جناية المملوك والجناية عليه

قال واذا جنى العبد جناية خطأ قيل لمولاه
اما ان تدفعه بها او تفديه وقال الشافعي جنايته في رقبته يباع فيها الا ان
يقضي المولى الارش وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق والمسألة
مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم له ان الاصل في موجب الجناية ان يجب على المتلف لانه هو
الجاني الا ان العاقلة تتحمل عنه ولا عاقلة للعبد لان العقل عندي بالقرابة ولا
قرابة بين العبد ومولاه فتجب في ذمته كما في الدين ويتعلق برقبته يباع فيه
كما في الجناية على المال ولنا ان الاصل في الجناية على الادمي حالة الخطأ ان
تتباعد عن الجاني تحرزا عن استيصاله والاجحاف به اذ هو معذور فيه حيث لم
يتعمد الجناية وتجب على عاقلة الجاني اذا كان له عاقلة والمولى عاقلته لان العبد يستنصر به

والاصل في العاقلة عندنا النصرة حتى تجب على اهل الديوان بخلاف الذمي لانهم لا يتعاقلون
فيما بينهم فلا عاقلة فتجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر وبخلاف الجناية على المال
لان العواقل لا تعقل المال الا انه يخير بين الدفع والفداء لانه واحد وفي اثبات
الخيرة نوع تخفيف في حقه كيلا يستأصل غير ان الواجب الاصلي هو الدفع في الصحيح
ولهذا سقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب وان كان له حق النقل الى
الفداء كما في مال الزكوة بخلاف موت الجاني الحر لان الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء
فصار كالعبد في صدقة الفطر فان دفعه ملكه ولي الجناية وان فداه فداه بارشها
وكل ذلك يلزمه حالا اما الدفع فلان التأجيل في الاعيان باطل وعند اختياره
الواجب عين واما الفداء فلانه جعل بدلا عن العبد في الشرع وان كان مقدرا
بالمتلف ولهذا سمي فداء فيقوم مقامه ويأخذ حكمه فلهذا وجب حالا كالمبدل
وايهما اختاره وفعله لا شيء لولي الجناية غيره اما الدفع فلان حقه متعلق به فاذا
خلى بينه وبين رقبته سقط واما الفداء فلانه لا حق له الا الارش فاذا اوفاه حقه
سلم العبد له فان لم يختر شيئا حتى مات العبد بطل حق المجني عليه لفوات محل حقه على ما
بيناه وان مات بعد ما اختار الفداء لم يبرأ لتحول الحق من رقبة العبد الى ذمة المولى
فان عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية حكم الاولى معناه بعد الفداء لانه لما طهر
عن الجناية بالفداء جعل كأن لم يكن وهذا ابتداء جناية قال فان جنى جنايتين
قيل للمولى اما ان تدفعه الى ولي الجنايتين يقتسمانه على قدر حقيهما واما
ان تفديه بارش كل واحد منهما لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية به
كالديون المتلاحقة الا ترى ان ملك المولى لم يمنع تعلق الجناية فحق المجني عليه الاول
اولى ان لا يمنع ومعنى قوله على قدر حقيهما على قدر ارش جنايتهما وان كانوا جماعة
يقتسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم وان فداه فداه بجميع اروشهم لما ذكرنا
ولو قتل واحدا وفقأ عين آخر يقتسمانه اثلاثا لان ارش العين على النصف من
ارش النفس وعلى هذا حكم الشجات وللمولى ان يفدي من بعضهم ويدفع الى بعضهم
مقدار ما تعلق به حقه من العبد لان الحقوق مختلفة باختلاف اسبابها وهي الجنايات
المختلفة بخلاف مقتول العبد اذا كان له وليان لم يكن له ان يفدي من احدهما
ويدفع الى الاخر لان الحق متحد لاتحاد سببه وهي الجناية المتحدة والحق يجب للمقتول
ثم للوارث خلافة عنه فلا يتمكن من التفريق في موجبها قال فان اعتقه المولى وهو لا يعلم

بالجناية ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها وان اعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الارش
لانه في الوجه الاول فوت حقهم فيضمنه وحقهم في اقلهما ولا يصير مختارا للفداء
لانه لا اختيار بدون العلم وفي الثاني صار مختارا لان الاعتاق يمنعه من الدفع فالاقدام — من
عليه اختيار منه للآخر وعلى هذين الوجهين البيع والهبة والتدبير والاستيلاد لان كل
ذلك مما يمنع الدفع لزوال الملك به بخلاف الاقرار على رواية الاصل لانه لا يسقط
حق ولي الجناية فان المقر له يخاطب بالدفع اليه وليس فيه نقل الملك لجواز ان الامر
كما قاله المقر والحقه الكرخي بالبيع واخواته لانه ملكه في الظاهر فيستحقه المقر له
باقراره فاشبه البيع واطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس وما دونها وكذا
المعنى لا يختلف واطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشتري لانه يزيل الملك بخلاف
ما اذا كان الخيار للبائع ونقضه وبخلاف العرض على البيع لان الملك ما زال ولو — حتى يسلمه لان الزوال به بخلاف الكتابة الفاسدة لان موجبه يثبت قبل قبض البدل فيصير بنفسه مختارا م
باعه بيعا فاسدا لم يصر مختارا ولو باعه مولاه من المجني عليه فهو مختار بخلاف ما اذا
وهبه منه لان المستحق له اخذه بغير عوض وهو متحقق في الهبة دون البيع واعتاق
المجني عليه بامر المولى عبده له اعتاق المولى فيما ذكرناه لان فعل المامور مضاف اليه
ولو ضربه فنقصه فهو مختار اذا كان عالما بالجناية لانه حبس جزءا منه وكذا
اذا كانت بكرا فوطئها وان لم يكن معلقا لما قلنا بخلاف التزويج لانه عيب من حيث
الحكم وبخلاف وطي الثيب على ظاهر الرواية لانه لا ينقص من غير اعلاق وبخلاف
الاستخدام لانه لا يختص بالملك ولهذا لا يسقط به خيار الشرط ولا يصير مختارا
بالاجارة والرهن في الاظهر وكذا بالاذن في التجارة وان ركبه دين لان
الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة الا ان لولي الجناية ان يمتنع من قبوله
لان الدين لحقه من جهة المولى فيلزم المولى قيمته قال ومن قال لعبده ان قتلت
فلانا او رميته او شججته فانت حر فهو مختار للفداء ان فعل ذلك وقال زفر — للفداء م
لا يصير مختارا لان وقت تكلمه لا جناية ولا علم له بوجوده وبعد الجناية لم يوجد
منه فعل يصير به مختارا الا ترى انه لو علق الطلاق او العتاق بالشرط
ثم حلف ان لا يطلق ولا يعتق ثم وجد الشرط وثبت العتق والطلاق لا يحنث في يمينه
تلك كذا هذا ولنا انه علق الاعتاق بالجناية والمعلق بالشرط ينزل عند الشرط
كالمنجز فصار كما اذا اعتقه بعد الجناية الا ترى ان من قال لامرأته ان دخلت الدار
فوالله لا اقربك يصير مبتدئا الايلاء من وقت الدخول وكذا لو قال لها اذا مرضت

فانت طالق ثلاثا فمرض حتى طلقت ومات من ذلك يصير فارا لانه يصير مطلقا بعد — المرض م
وجود المرض بخلاف ما اورده لان غرضه طلاقها وعتقها فكيف الامتناع عنه الا اليمين
للمنع فلا يدخل تحته الا فيكون الامتناع عنه ولانه حرضه على مباشرة الشرط بتعليق
اقوى الدواعي اليه والظاهر انه يفعله فهذا دلالة الاختيار قال واذا قطع العبد
يد رجل عمدا فدفع اليه بقضاء او بغير قضاء فاعتقه ثم مات من اليد فالعبد
صلح بالجناية وان كان لم يعتقه رد على المولى وقيل للاولياء اقتلوه او اعفوا
عنه ووجه ذلك وهو انه اذا لم يعتقه وسرى تبين ان الصلح وقع باطلا لان
الصلح كان عن المال لان العبد لا يجري القصاص فيها وبين طرف الحر فاذا سرى — الطرف م
تبين ان المال غير واجب وانما الواجب هو القود فكان الصلح واقعا بغير بدل فبطل
والباطل لا يورث الشبهة كما اذا طلق منكوحته ثلاثا ثم وطئها في العدة مع العلم — كما اذا وطئ المطلقة الثلاث في عدتها
بحرمتها عليه فيجب القصاص بخلاف ما اذا اعتقه لان اقدامه على الاعتاق يدل
على قصده تصحيح الصلح لان الظاهر ان من اقدم على تصرف يقصد تصحيحه ولا صحة
لهذا الصلح الا وان يجعل صلحا عن الجناية وما يحدث منها ولهذا لو نص عليه ورضي
المولى به يصح وقد دل الدليل على الرضا في هذه وقد رضي المولى به لانه لما رضي
بكون العبد عوضا عن القليل يكون ارضى بكونه عوضا عن الكثير فاذا اعتق يصح
الصلح في ضمن الاعتاق ابتداء واذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء والصلح
الاول وقع باطلا فيرد العبد الى المولى والاولياء على خيرتهم في العفو والقتل — على م
وذكر في بعض النسخ رجل قطع يد رجل عمدا فصالح القاطع المقطوعة يده على عبد
ودفعه اليه فاعتقه ثم مات من ذلك فالعبد صلح بالجناية الى اخر ما ذكرنا
من الرواية وهذا الوضع يرد اشكالا فيما اذا عفا عن اليد ثم سرى الى النفس
ومات حيث لا يجب القصاص هنالك وههنا قال يجب قيل ما ذكر ههنا جواب القياس — وبقي بحاله
فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان وقيل بينهما فرق ووجهه ان العفو
عن اليد صح ظاهرا لان الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا
فبعد ذلك وان بطل حكما بقي موجودا حقيقة فكفى لمنع وجوب القصاص
اما ههنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم يبطل
الجناية لم يمتنع العقوبة هذا اذا لم يعتقه اما اذا اعتقه فالجواب ما ذكرنا
من قبل قال واذا جنى العبد المأذون له جناية وعليه الف درهم فاعتقه المولى

ولم يعلم بالجناية فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لأولياء الجناية لأنه
أتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد الدفع للأولياء
والبيع للغرماء فكذا عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين إيفاء من الرقبة
الواحدة بأن يدفع إلى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنهما بالإتلاف بخلاف
ما إذا أتلفه أجنبي حيث تجب قيمة واحدة للمولى ويدفعها المولى إلى الغرماء
لأن الأجنبي إنما يضمن للمولى بحكم الملك فلا يظهر في مقابلته الحق لأنه دونه وههنا
يجب لكل واحد منهما بالإتلاف فلا ترجيح فيظهران فيضمنهما. قال وإذا كانت
الأمة المأذون لها ثم ولدت فإنه يباع الولد معها في الدين وإن جنت جناية
لم يدفع الولد معها، والفرق أن الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق
برقبتها استيفاء فيسري إلى الولد كولد المرهونة بخلاف الجناية لأن وجوب
الدفع في ذمة المولى لا في ذمتها وإنما يلاقيها أثر الفعل الحقيقي وهو الدفع و
السراية في الأوصاف الشرعية دون الأوصاف الحقيقية. قال وإذا كان
العبد لرجل زعم رجل أن مولاه أعتقه فقتل العبد وليا لذلك الرجل
خطأ فلا شيء له لأنه لما زعم أن مولاه أعتقه فقد ادعى الدية على العاقلة
وأبرأ العبد والمولى إلا أنه لا يصدق على العاقلة من غير حجة. قال فإذا أعتق
العبد فقال لرجل قتلت أخاك خطأ وأنا عبد وقال الآخر قتلته وأنت حر فالقول
قول العبد لأنه منكر للضمان لما أنه أسنده إلى حالة معهودة منافية للضمان إذ الكلام
فيما إذا عرف رقه والوجوب في جناية العبد على المولى دفعا أو فداء وصار
كما إذا قال العاقل البالغ طلقت امرأتي وأنا صبي وبعت داري وأنا صبي
أو قال طلقت امرأتي وأنا مجنون وقد كان جنونه معروفا كان القول قوله
لما ذكرنا. قال ومن أعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمتي وقالت
قطعتها وأنا حرة فالقول قولها وكذا كل ما أخذ منها إلا الجماع والغلة استحسانا
وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يضمن إلا شيئا قائما بعينه يؤمر برده
لأنه منكر وجوب الضمان لإسناده الفعل إلى حالة معهودة منافية له كما في المسئلة
الأولى وكما في الوطء والغلة وفي الشيء القائم أقر بيدها حيث اعترف بالأخذ
منها ثم ادعى التملك عليها وهي منكرة والقول للمنكر فلهذا يؤمر بالرد إليها
ولهما أنه أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول له كما إذا قال لغيره فقأت

خطأً م

عينك

عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت وقال المقر له لا بل فقأتها وعينك اليمنى
مفقوءة فإن القول قول المقر له وهذا لأنه ما أسنده إلى حالة منافية للضمان
لأنه يضمن يدها لو قطعها وهي مديونة وكذا يضمن مال الحربي إذا أخذه وهو مستأمن
بخلاف الوطء والغلة لأن وطء المولى أمته المديونة لا يوجب العقر وكذا أخذه
من غلتها وإن كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه فحصل الإسناد إلى حالة معهودة
منافية. قال وإذا أمر العبد المحجور عليه صبيا بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبي الدية
لأنه هو القاتل حقيقة وعمده وخطؤه سواء على ما بينا من قبل ولا شيء على الآمر
وكذا إذا كان الآمر صبيا لأنهما لا يؤاخذان بأقوالهما لأن المؤاخذ فيها باعتبار
الشرع وما اعتبر قولهما ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي الآمر أبدا ويرجعون
على العبد الآمر بعد العتاق لأن عدم الاعتبار لحق المولى وقد زال لا لنقصان
أهلية العبد بخلاف الصبي لأنه قاصر الأهلية. قال وكذا إن كان أمر عبدا ومعناه
أن يكون الآمر عبدا والمأمور عبدا محجورا عليهما يخاطب مولى القاتل بالدفع
أو الفداء ولا رجوع له على الأول في الحال ويجب أن يرجع بعد العتق بأقل من
قيمة العبد والفداء لأنه غير مضطر في دفع الزيادة وهذا إذا كان القتل
خطأ، وكذا إذا كان عمدا والعبد القاتل صغيرا لأن عمده خطأ أما إذا كان كبيرا
يجب القصاص لجريانه بين الحر والعبد. قال وإذا قتل العبد رجلين عمدا ولكل
واحد منهما وليان فعفا أحد وليي كل واحد منهما فإن المولى يدفع نصفه إلى
الآخرين أو يفديه بعشرة آلاف درهم لأنه لما عفا أحد وليي كل واحد منهما
سقط القصاص وانقلب مالا فصار كما لو وجب المال من الابتداء وهذا
لأن حقهم في الرقبة أو في عشرين ألفا وقد سقط نصيب العافيين وهو النصف
وبقي النصف. فإن كان قتل أحدهما عمدا والآخر خطأ فعفا أحد وليي العمد فإن
فداه المولى فداه بخمسة عشر ألفا خمسة آلاف للذي لم يعف من وليي العمد وعشرة
آلاف لوليي الخطأ لأنه لما انقلب العمد مالا كان حق وليي الخطأ في كل الدية عشرة
آلاف وحق أحد وليي العمد في نصفها خمسة آلاف ولا تضايق في الفداء
فيجب خمسة عشر ألفا وإن دفعه دفعه إليهم أثلاثا ثلثاه لوليي الخطأ وثلثه
لغير العافي من وليي العمد عند أبي حنيفة وقالا يدفعه أرباعا ثلاثة أرباعه
لوليي الخطأ وربعه لوليي العمد فالقسمة عندهما بطريق المنازعة فيسلم النصف

كل م

بينهما نـ

حلبي

لولي الخطأ بلا منازعة واستوت منازعة الفريقين في النصف الآخر فيتنصف
فلهذا يقسم ارباعا وعند ابي حنيفة يقسم بطريق العول والمضاربة اثلاثا
لان الحق تعلق بالرقبة التركة المستغرقة بالديون فضرب هذا بالكل
وذلك بالنصف ولهذه المسئلة نظائر واضداد ذكرناها في الزيادات بتوفيق
الله تعالى قال واذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما اي قريبا لهما فعفا
احدهما بطل الجميع عند ابي حنيفة وقالا يدفع الذي عفا نصف نصيبه الى الآخر
او يفديه بربع الدية وفي بعض النسخ ذكر قول محمد مع ابي حنيفة وعند ابي يوسف
الجواب فيه كالجواب في مسئلة الكتاب ولم يذكرا خلافا في الرواية لابي يوسف
في المسئلتين ان حق القصاص ثبت في العبد على سبيل الشيوع لان الملك لا يمنع
استحقاق القصاص فاذا عفا احدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا غير انه
شائع في الكل فيكون نصفه في نصيبه والنصف في نصيب صاحبه فما يكون في نصيبه
سقط ضرورة ان المولى لا يستوجب على عبده مالا وما كان في نصيب صاحبه
بقي ونصف النصف هو الربع فلهذا يقال ادفع نصف نصيبك او افد بربع
ولهما ان ما يجب من المال يكون حق المقتول لانه بدل دمه ولهذا يقضى منه ديونه
وينفذ منه وصاياه ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته والمولى لا يستوجب
على عبده دينا فلا يخلفه الورثة فيه **فصل** ومن قتل عبدا خطأ فعليه قيمته لا تزاد
على عشرة آلاف درهم فان كانت قيمته عشرة آلاف او اكثر قضي له بعشرة آلاف
الا عشرة وفي الامة اذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف الا عشرة وهذا عند
ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف تجب قيمته بالغة ما بلغت ولو غصب عبدا قيمته
عشرون الفا وهلك في يده تجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع لهما ان الضمان بدل
المالية ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك العبد الا من حيث المالية ولو قتل العبد المبيع قبل
القبض يبقى العقد وبقاؤه ببقاء المالية اصلا او ببدله وصار كقليل القيمة
وكالغصب ولابي حنيفة ومحمد قوله تعالى ودية مسلمة الى اهله اوجبها مطلقا
وهي اسم للواجب بمقابلة الآدمية ولان فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا وفيه معنى
المالية والآدمية اعلاهما فيجب اعتبارها باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما
وضمان الغصب بمقابلة المالية اذ الغصب لا يرد الا على المال وبقاء العقد يتبع
الفائدة حتى يبقى بعد قتله عمدا وان لم يكن القصاص بدلا عن المالية فكذلك كلام الدية

واصله م

قوله لهما اي لمولى المقتول وفي بعض النسخ م

ملكه م

فيه م

فاذا عفا احدهما سقط نصيب الآخر مالا وذلك نصف الدية لكن شائعا في كل العبد فما كان في نفسه سقط وما كان في نصيب شريكه وهو العافي ثبت فصارت جنايته موجبة ربع الدية فيفديه بذلك او يدفع ربعه وهو نصف نصيب العافي لان الجناية لو اوجبت كل الدية لوجب دفع كل العبد وجه قول ابي حنيفة ان حق كل واحد منهما في القصاص في نصف العبد لكن غير عين لان كل نصف يصلح محلا للقصاص من سواء كان ذلك النصف نصيبه او نصيب صاحبه او شائعا في النصيبين فاذا انقلب نصيب الذي لم يعف مالا انقلب في محل القصاص فيكون غير عين ايضا فعلى تقدير انه في نصيب نفسه بطل جميعه وعلى تقدير انه في نصيب شريكه ثبت جميعه وعلى تقدير انه في نصفا شائعا من النصفين ثبت نصفه وبطل نصفه والمال لم يكن واجبا فلا يجب مع الشك ع

وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية إلا أنه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته رأيا
بخلاف كثير القيمة لأن قيمة الحر مقدرة بعشرة آلاف ونقصنا منها في العبد إظهارا
لانحطاط رتبته وتعيين العشرة بأثر عبد الله بن عباس رضي الله تعالى عنهما
قال وفي يد العبد نصف قيمته لا يزاد على خمسة آلاف إلا خمسة لأن اليد من الآدمي
نصفه فتعتبر بكله وينقص هذا المقدار إظهارا لانحطاط رتبته وكل ما
يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد لأن القيمة في العبد كالدية في الحر
إذ هو بدل الدم على ما قررناه وإن غصب أمة قيمتها عشرون ألفا فماتت في
يده فعليه تمام قيمتها لما بينا أن ضمان الغصب ضمان المالية قال ومن قطع يد
عبد فأعتقه المولى ثم مات من ذلك فإن كان له ورثة غير المولى فلا قصاص
فيه وإلا اقتص منه وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا قصاص
في ذلك وعلى القاطع أرش اليد وما نقصه ذلك إلى أن أعتقه ويبطل الفضل
وإنما لا يجب القصاص في الوجه الأول للاشتباه من له الحق لأن القصاص
يجب عند الموت مستندا إلى وقت الجرح وعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى
وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فيتحقق الاشتباه وتعذر الاستيفاء
فلا يجب على وجه يستوفى وفيه الكلام واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لأن
الملكين في الحالين بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر إذا قتل
لأن ما لكل منهما من الحق ثابت من وقت الجرح إلى وقت الموت فإذا اجتمعا زال
الاشتباه ولمحمد في الخلافية وهو ما إذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى
أن سبب الولاية قد اختلف لأنه الملك على اعتبار إحدى الحالتين والوراثة
بالولاء على اعتبار الأخرى فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه كما إذا
قال لآخر بعتني هذه الجارية وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها
ولأن الإعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع
فيمتنع القصاص ولهما أنا تيقنا ثبوت الولاية للمولى فيستوفيه وهذا
لأن المقضي له معلوم والحكم متحد فوجب القول بالاستيفاء بخلاف الفصل الأول
لأن المقضي له مجهول ولا معتبر باختلاف السبب ههنا لأن الحكم لا يختلف بخلاف
تلك المسألة لأن ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكما والإعتاق لا يقطع السراية
لذاته بل للاشتباه من له الحق وذلك في الخطأ دون العمد لأن العبد لا يصلح

الحمد لله الذي هدانا إلى بالغ حكمه وأولانا سوابغ نعمه حمدا
نستفيد به إحسانه ونستبشر به رضوانه والصلوة على رسوله
محمد الذي جعله قدوة للناس في بيان حلاله وحرامه وعلى آله مصابيح
الظلم وينابيع الحكم العبد الضعيف أبو الحسن علي بن أبي بكر
ابن عبد الجليل المرغيناني أوصله الله سبحانه إلى أقصى الأماني ووفقه لما فيه
الذكر الجميل والذخر الجزيل كان يخطر ببالي في ابتداء حالي أن يكون لي
في الفقه كتاب فيه من كل نوع باب ثم هو صغير الحجم كبير الرسم يتحفظه
الشادي المبتدي ويتأمله الهادي المنتهي وحيث وقع الاتفاق بتطواف
العراق وجدت المختصر المنسوب إلى القدوري رحمه الله تعالى أجل كتاب في حسن
إيجاز وإعجاب ورأيت أكثر الدهر بما وراء النهر يرغبون الكبير و
الصغير في حفظ الجامع الصغير فهممت أن أؤلف كتابا أجمع فيه منهما
ولا أتجاوز فيه عنهما إلا ما دعت الضرورة والحاجة إليه وحملني
كثرة وقوعه عليه وأتحرز فيه عن إيراد المعاد ليرغب فيه كل حاضر
وباد وسميته بداية المبتدي ولو وفقت لشرحه لوسمته بكفاية المنتهي
إذ الابتداء بمعرفة المباني والانتهاء بالوقوف على المعاني ورأيت
ترتيب الجامع الصغير أحسن تبركا بما اختاره محمد بن الحسن والأذكر
له فيه فوضعه قبل البيوع وبعده في أثناء هذا المجموع وتكلفت فيه الجمع
بين الأجناس تحريا لتسهيل الاقتباس والله الموفق للإتمام وهو
المستعان للاختتام تم

ما كان لا يفعل اعتبارها لأن الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون
للميت لحريته فيقضى منه ديونه وينفذ وصاياه فجاء الاشتباه. أما العمد فوجه
القصاص والعبد يبقى على أصل الحرية فيه وعلى اعتبار أن يكون الحق لمن [illegible]
هو الذي يتولاه إذا لا وارث له سواه فلا اشتباه فيمن له الحق وإذا امتنع القصاص
في الفصلين عند محمد يجب أرش اليد وما نقصه من وقت الجرح إلى وقت الإعتاق
كما ذكرنا لأنه حصل على ملكه ويبطل الفضل وعندهما يجب في الفصل الأول
كما يجب عند محمد في الثاني. قال ومن قال لعبديه أحدكما حر ثم شجا فأوقع
العتق على أحدهما فأرشهما للمولى لأن العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف
المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة ولو قتلهما رجل تجب دية حر وقيمة عبد والفرق
أن البيان إنشاء من وجه إظهار من وجه على ما عرف وبعد الشجة بقي محلا للبيان
فاعتبر إنشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبرناه إظهارا محضا
وأحدهما حر بيقين فتجب قيمة عبد ودية حر بخلاف ما إذا قتل كل واحد منهما رجل
حيث تجب قيمة المملوكين لأنا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حرا وكل منهما ينكر ذلك ولأن
القياس يأبى ثبوت العتق في المجهول لأنه لا يفيد فائدته وإنما صححناه ضرورة
صحة التصرف وأثبتنا له ولاية النقل من المجهول إلى المعلوم فيتقدر بقدر الضرورة
وهي في النفس دون الأطراف فبقي مملوكا في حقها. قال ومن فقأ عيني عبد
فإن شاء المولى دفع عبده وأخذ قيمته وإن شاء أمسكه ولا شيء له من النقصان
عند أبي حنيفة وقالا إن شاء أمسك العبد وأخذ ما نقصه وإن شاء دفع العبد
وأخذ قيمته وقال الشافعي يضمنه كل القيمة ويمسك الجثة لأنه يجعل الضمان مقابلا
بالفائت فبقي الباقي على ملكه كما إذا قطع إحدى يديه أو فقأ إحدى عينيه
ونقول إن المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الأطراف لسقوط اعتبارها
في حق الذات قصرا عليه وإذا كانت معتبرة وقد وجد إتلاف النفس من وجه
بتفويت جنس المنفعة والضمان يتقدر بقيمة الكل فوجب أن يتملك الجثة للضرر
ورعاية للمماثلة بخلاف ما إذا فقأ عيني حر لأنه ليس فيه معنى المالية وبخلاف
عيني المدبر لأنه لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك وفي قطع إحدى اليدين
وفقء إحدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة ولهما أن معنى المالية لما
كان معتبرا وجب أن يتخير المولى على الوجه الذي قلناه كما في سائر الأموال

حيث — نحن — حق م — دفعا م

فان

فإن من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا إن شاء المالك دفع الثوب إليه وضمنه قيمته وإن شاء
أمسك الثوب وضمنه النقصان ولأبي حنيفة أن المالية وإن كانت معتبرة في الذات
فالآدمية غير مهدرة فيه وفي الأطراف أيضا ألا ترى أن عبدا لو قطع يد عبد
آخر يؤمر المولى بالدفع أو الفداء وهذا من أحكام الآدمية لأن موجب الجناية
على المال أن يباع رقبته ثم من أحكام الأولى أن لا ينقسم على الأجزاء ولا يتملك
الجثة ومن أحكام الثانية أن ينقسم ويتملك الجثة فوفرنا على الشبهين حظهما

فصل في جناية المدبر وأم الولد

قال وإذا جنى المدبر أو أم الولد جناية ضمن المولى
الأقل من قيمته ومن أرشها لما روي عن أبي عبيدة رضي الله تعالى عنه أنه قضى بجناية
المدبر على مولاه ولأنه صار مانعا تسليمه في الجناية بالتدبير أو الاستيلاد من غير
اختيار الفداء فصار كما إذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم وإنما يجب الأقل
من قيمته ومن الأرش لأنه لا حق لولي الجناية في أكثر من الأرش ولا منع من المولى في
أكثر من القيمة ولا تخيير بين الأقل والأكثر لأنه لا يفيد في جنس واحد لاختياره الأقل
لا محالة بخلاف القن لأن الرغبات صادقة في الأعيان فيفيد التخيير بين الدفع والفداء
وجنايات المدبر وإن توالت لا توجب إلا قيمة واحدة لأنه لا منع منه إلا في رقبة
واحدة ولأن دفع القيمة كدفع العبد وذلك لا يتكرر فهذا كذلك ويتضاربون
بالحصص فيها وتعتبر قيمته لكل واحد في حال الجناية عليه لأن المنع في هذا الوقت
يتحقق. قال فإن جنى جناية أخرى وقد دفع المولى القيمة إلى ولي الأولى بقضاء
فلا شيء عليه لأنه مجبور على الدفع وإن كان المولى دفع القيمة بغير قضاء فالولي
بالخيار إن شاء اتبع المولى وإن شاء اتبع ولي الجناية وهذا عند أبي حنيفة
وقالا لا شيء على المولى حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة فقد دفع كل الحق
إلى مستحقه وصار كما إذا دفع بالقضاء ولأبي حنيفة أن المولى جان بدفع
حق ولي الثانية طوعا وولي الأولى ضامن بقبض حقه ظلما فيخير وهذا لأن
الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الأولى ومتأخرة
حكما من حيث إنه تعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها فجعلت كالمقارنة في
حق التضمين لإبطاله ما تعلق به من حق ولي الثانية عملا بالشبهين وإذا أعتق
المولى المدبر وقد جنى جنايات لم تلزمه إلا قيمة واحدة لأن الضمان إنما وجب عليه
بالمنع فصار وجود الإعتاق من بعد وعدمه بمنزلة وأم الولد بمنزلة المدبر في جميع ما

فيهما م — من الحكم م — وكان أميرا بالشام وذكر في المبسوط [illegible] الحق رضي الله عنهم فكان إجماعا كذا في الإيضاح — حلال — لا يتقدر — ولا تخيير — لأنه م — الجناية — للنقض — بمنزلة م

وصفناه لان الاستيلاد مانع من الدفع كالتدبير واذا اقر المدبر بجناية لم يجز اقراره
ولا يلزمه به شيء عتق او لم يعتق لان موجب جناية الخطاء على سيده واقراره
لا ينفذ على السيد **باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك** قال
ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ومات في يده من القطع فعليه قيمته اقطع وان كان
المولى قطع يده في يد الغاصب فمات من ذلك في يد الغاصب فلا شيء عليه والفرق
ان الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كانه هلك بآفة سماوية
فتجب قيمته اقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة
الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا كيف وانه استولى عليه وهو استرداد
فبرأ الغاصب عن الضمان قال واذا غصب العبد المحجور عليه عبدا محجورا عليه فمات
في يده فهو ضامن لان المحجور عليه مؤاخذ بافعاله قال ومن غصب مدبرا فجنى
عنده جناية ثم رده على المولى فجنى جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان
لان المولى بالتدبير السابق اعجز نفسه عن الدفع من غير ان يصير مختارا للفداء
فيصير مبطلا حق اولياء الجناية اذ حقهم فيه ولم يمنع الا رقبة واحدة فلا
يزاد على قيمتها ويكون بين وليي الجنايتين نصفين لاستوائهما في الموجب
قال ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب لانه استحق نصف البدل بسبب
كان في يد الغاصب فصار كما اذا استحق نصف العبد بهذا السبب قال ويدفعه
الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع بذلك على الغاصب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد يرجع بنصف قيمته فيسلم له لان الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما
سلم لولي الجناية الاولى فلا يدفعه اليه كيلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل
في ملك رجل واحد وكيلا يتكرر الاستحقاق ولهما ان حق الاول في جميع القيمة لانه
جنى في حقه لا يزاحمه احد وانما انتقص باعتبار مزاحمة الثاني فاذا وجد شيئا
من بدل العبد في يد المالك فارغا يأخذه ليتم حقه واذا اخذه منه يرجع المولى
بما اخذه على الغاصب لانه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب قال وان كان
جنى عند المولى فغصبه رجل فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان
ويرجع بنصف القيمة على الغاصب لما بينا في الفصل الاول غير ان استحقاق
النصف حصل بالجناية الثانية اذ هي كانت في يد الغاصب فيدفعه الى ولي
الجناية الاولى ولا يرجع به على الغاصب وهذا بالاجماع بخلاف الفصل الاول

عنده م
جنى م
المالك
عند محمد
تم في

ثم وضع المسألة في العبد قال ومن غصب عبدا فجنى في يده ثم رده فجنى جناية اخرى
فان المولى يدفعه الى ولي الجنايتين ثم يرجع على الغاصب بنصف القيمة فيدفعه
الى الاول ويرجع به على الغاصب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد
يرجع بنصف القيمة فيسلم له وان جنى عند المولى جناية ثم غصبه فجنى في يده
دفعه المولى نصفين ويرجع بنصف قيمته فيدفعه الى الاول ولا يرجع به والجواب
في العبد كالجواب في المدبر في جميع ما ذكرنا الا ان في هذا الفصل يدفع
المولى العبد وفي الاول يدفع القيمة قال ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم
رده على المولى ثم جنى عنده جناية فعلى المولى قيمته بينهما نصفين لانه رقبة
واحدة بالتدبير فتجب عليه قيمة واحدة ثم يرجع بقيمته على الغاصب لان الجنايتين
كانتا في يد الغاصب فيدفع نصفها الى الاول لانه يستحق كل القيمة لان عند
وجود الجناية عليه لا حق لغيره وانما انتقص بحكم المزاحمة من بعد ويرجع به على
الغاصب لان الاستحقاق بسبب كان في يده ويسلم له ولا يدفعه الى ولي
الجناية الاولى ولا الى ولي الجناية الثانية لانه لا حق له الا في النصف لسبق
حق الاول وقد وصل ذلك اليه ثم قيل هذه المسألة على الاختلاف كالاولى وقيل
على الاتفاق والفرق لمحمد وهو ان في الاولى الذي يرجع به عوض عما سلم
لولي الجناية الاولى لان الجناية الثانية كانت في يد المالك فلو دفع اليه ثانيا
يتكرر الاستحقاق اما في هذه المسألة يمكن ان يجعل عوضا عن الجناية الثانية لحصولها
في يد الغاصب فلا يؤدي الى ما ذكرناه قال ومن غصب صبيا حرا فمات في يده فجاءة
او بحمى فليس عليه شيء وان مات من صاعقة او نهشة حية فعلى عاقلة الغاصب الدية
وهذا استحسان والقياس ان لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعي لان
الغصب في الحر لا يتحقق الا يرى انه لو كان مكاتبا صغيرا لا يضمن بالاتلاف
وهذا اتلاف تسبيبا لانه نقله الى ارض مسبعة او الى مكان الصواعق وهذا لان
الصواعق والحيات والسباع لا تكون في كل مكان فاذا نقله وهو متعد فيه فقد ازال
حفظ الولي فيضاف اليه لان شرط العلة ينزل منزلة العلة اذا كان تعديا كالحفر
في الطريق بخلاف الموت فجاءة او بحمى لان ذلك لا يختلف باختلاف الاماكن
حتى لو نقله الى موضع تغلب فيه الحمى والامراض نقول انه يضمن فتجب الدية على العاقلة
لكونه قتلا تسبيبا قال واذا اودع صبي عبدا فقتله فعلى عاقلته الدية وان

غصبه ثم م
منع م
حرا م
جنة م
مع انه قن يدا فاذا كان الصغير حر رقبة ويدا اولى وجه الاستحسان انه لا يضمن بالغصب ولكن يضمن م

اودع طعاما فاكله لم يضمن وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف والشافعي يضمن
في الوجهين وعلى هذا اذا اودع العبد المحجور عليه مالا فاستهلكه لا يؤاخذ بالضمان
في الحال عند ابي حنيفة ومحمد ويؤاخذ به بعد العتق وعند ابي يوسف والشافعي في اصل
الجامع الصغير صبي قد عقل وفي الجامع الكبير وضع المسئلة في صبي ابن اثنتي عشرة سنة وهذا
يدل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق لان التسليط غير معتبر وفعله معتبر لهما انه اتلف
مالا معصوما حقا لمالكه فيجب عليه الضمان كما اذا كانت الوديعة عبدا وكما
اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع ولابي حنيفة ومحمد انه اتلف مالا
غير معصوم فلا يؤاخذ بالضمان كما اذا اتلفه باذنه ورضاه وهذا لان العصمة
تثبت حقا له وقد فوتها على نفسه حيث وضع المال في يد مانعة فلا يبقى مستحقا
للنظر الا اذا اقام غيره مقام نفسه في الحفظ ولا اقامة هنا لانه لا ولاية
له على الصبي ولا للصبي على نفسه بخلاف البالغ والمأذون له لان لهما ولاية على
انفسهما وبخلاف ما اذا كانت الوديعة عبدا لان عصمته لحقه اذ هو مبقى على اصل
الحرية في حق الدم وبخلاف ما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي لانه سقطت العصمة
بالاضافة الى الصبي دون غيره قال وان استهلك مالا ضمن يريد به من غير ايداع
لان الصبي يؤاخذ بافعاله وصحة القصد لا معتبر بها في حقوق العباد والله اعلم

باب القسامة

قال واذا وجد القتيل في محلة ولم يعلم من قتله استحلف
خمسون رجلا منهم يتخيرهم الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا وقال الشافعي
اذا كان هناك لوث استحلف الاولياء خمسين يمينا ويقضى لهم بالدية على المدعى عليه
عمدا كانت الدعوى او خطأ وقال مالك يقضى بالقود اذا كانت الدعوى في قتل
العمد وهو احد قولي الشافعي واللوث عندهما ان يكون هناك علامة القتل
على واحد بعينه او ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة او شهادة عدل او جماعة
غير عدول ان اهل المحلة قتلوه وان لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه مثل مذهبنا
غير انه لا يكرر اليمين بل يردها على الولي وان حلفوا لا دية عليهم وللشافعي
في البداية بيمين الولي قوله عليه السلام للاولياء فيقسم منكم خمسون انهم قتلوه ولان
اليمين تجب على من يشهد له الظاهر ولهذا تجب على صاحب اليد فاذا كان الظاهر
شاهدا للولي يبدأ بيمينه ورد اليمين على المدعي اصل له كما في النكول غير ان
هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص لا يجامعها والمال يجب معها فلهذا

يؤاخذ في الحال وعلى هذا الخلاف الاقراض والاعارة في العبد والصبي وقال محمد رحمه الله

غير

لا

شهادة

ادب

وجبت الدية ولنا قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه وروى
سعيد بن المسيب رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم بدأ باليهود بالقسامة وجعل
الدية عليهم لوجود القتيل بين اظهرهم ولان اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق
وحاجة الولي الى الاستحقاق ولهذا لا يستحق بيمينه المال المبتذل فاولى ان لا يستحق به
النفس المحترمة وقوله يتخيرهم الولي اشارة الى ان خيار تعيين الخمسين الى الولي
لان اليمين حقه والظاهر انه يختار من يتهمه بالقتل او يختار صالحي اهل المحلة
لما ان تحرزهم عن اليمين الكاذبة ابلغ التحرز فيظهر القاتل وفائدة اليمين النكول
فان كانوا لا يباشرون ويعلمون يفيد يمين الصالح على العلم بابلغ مما يفيد يمين الطالح
ولو اختاروا اعمى او محدودا في قذف جاز لانه يمين وليس بشهادة قال فاذا
حلفوا قضي على اهل المحلة بالدية ولا يستحلف الولي وقال الشافعي لا تجب الدية
لقوله عليه السلام في حديث عبد الله بن سهل تبرئكم اليهود بايمانها ولان اليمين عهد
في الشرع مبرئا للمدعى عليه لا ملزما كما في سائر الدعاوى ولنا ان النبي عليه السلام
جمع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل وفي حديث زياد بن ابي مريم وكذا
جمع عمر رضي الله عنه بينهما على وادعة وقوله عليه السلام تبرئكم اليهود محمول على الابراء
عن القصاص والحبس وكذا اليمين مبرئة عما وجب له اليمين والقسامة ما شرعت
لتجب الدية اذا نكلوا بل شرعت ليظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا
بالقتل فاذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص ثم الدية تجب بالقتل الموجود
منهم ظاهرا لوجود القتيل بين اظهرهم لا بنكولهم او وجبت بتقصيرهم في المحافظة
على ما عرف في القتل الخطأ ومن ابى منهم اليمين حبس حتى يحلف لان اليمين فيه مستحقة
لذاته تعظيما لامر الدم ولهذا يجمع بينه وبين الدية بخلاف النكول في الاموال لان
اليمين بدل عن اصل حقه ولهذا يسقط ببذل المدعى وفيما نحن فيه لا يسقط ببذل
الدية هذا الذي ذكرنا اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة وكذا اذا ادعى
على البعض لا باعيانهم والدعوى في العمد والخطأ لانهم لا يتميزون عن الباقي
ولو ادعى على البعض باعيانهم انه قتل وليه عمدا او خطأ فكذلك الجواب يدل عليه
اطلاق الجواب في الكتاب وهكذا في المبسوط وعن ابي يوسف في غير رواية الاصول
ان في القياس تسقط القسامة والدية عن الباقين من اهل المحلة ويقال للولي الك
بينة وان قال لا يستحلف المدعى عليه يمينا واحدة ووجهه ان القياس يأباه لاحتمال

لا يستحق

يفيد

الطالح

مبرئة

الجواب

قتله

وجود القتيل من غيرهم وانما عرفنا بالنص اذا كان في مكان ينسب الى المدعى عليهم والمدعي
يدعي القتل عليهم فيما وراءه يبقى على اصل القياس فصار كما اذا ادعى القتل على واحد
من غيرهم وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على اهل المحلة لانه لا فصل في اطلاق
النصوص بين دعوى ودعوى فنوجبه بالنص لا بالقياس بخلاف ما اذا ادعى على
واحد من غيرهم لانه ليس فيه نص فلو اوجبناهما لاوجبناهما بالقياس وهو ممتنع
ثم حكم ذلك ان يثبت ما ادعاه اذا كان له بينة فان لم يكن استحلف عليها واحد
لانه ليس بقسامة لانعدام النص وامتناع القياس ثم ان حلف برئ وان نكل
فالدعوى في المال يثبت به وان كان في القصاص فهو على اختلاف مضى في كتاب
الدعوى قال وان لم يكمل اهل المحلة كررت الايمان عليهم حتى تتم خمسين لما روي
ان عمر رضي الله عنه لما قضى في القسامة وافى اليه تسعة واربعون رجلا فكرر اليمين على
رجل منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية وعن شريح والنخعي مثل ذلك ولان الخمسين
واجب بالسنة فيجب اتمامها ما امكن ولا يطلب فيه الوقوف على الفائدة لثبوتها بالسنة
ثم فيه استعظام امر الدم فان كان العدد كاملا فاراد الولي ان يكرر على احدهم
فليس له ذلك لان المصير الى التكرار ضرورة الاكمال قال ولا قسامة على صبي ولا مجنون
لانهما ليسا من اهل القول الصحيح واليمين قول قال ولا امراة ولا عبد لانهما ليسا
من اهل النصرة واليمين على اهلها وان وجد ميت لا اثر به فلا قسامة ولا دية
لانه ليس بقتيل اذ القتيل في العرف من فاتت حياته بسبب يباشره الحي وهذا
ميت حتف انفه والغرامة تتبع فعل العبد والقسامة تتبع احتمال القتل ثم
يجب عليه القسم فلا بد ان يكون به اثر يستدل به على كونه قتيلا وذلك بان يكون به
جراحة او اثر ضرب او خنق وكذا اذا كان الدم يخرج من عينه او اذنه لانه لا يخرج
منها الا بفعل من جهة الحي عادة بخلاف ما اذا خرج من فيه او دبره او ذكره لان
الدم يخرج من هذه المخارق عادة بغير فعل احد وقد ذكرناه في الشهيد ولو وجد
بدن القتيل او اكثر من نصف البدن او النصف ومعه الراس في محلة فعلى اهلها
القسامة والدية وان وجد نصفه مشقوقا بالطول او وجد اقل من النصف
ومعه الراس او وجد يده او رجله او راسه فلا شيء عليهم لان هذا حكم عرفناه بالنص
وقد ورد به في البدن الا ان للاكثر حكم الكل تعظيما للادمي بخلاف الاقل لانه
ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجري فيه القسامة ولانا لو اعتبرناه يجتمع القسامتان

والديات

والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا يتواليان والاصل فيه ان الموجود الاول ان
كان بحال لو وجد الباقي تجري فيه القسامة لا تجب فيه وان كان بحال لو وجد الباقي
لا تجري فيه القسامة تجب والمعنى ما اشرنا اليه وصلاة الجنازة في هذا تنسحب على هذا
الاصل لانها لا تتكرر ولو وجد فيهم جنين او سقط ليس به اثر الضرب فلا شيء على
اهل المحلة لانه لا يفوق الكبير حالا وان كان به اثر الضرب وهو تام الخلق وجبت
القسامة والدية عليهم لان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا وان كان ناقص الخلق
فلا شيء عليهم لانه ينفصل ميتا لا حيا واذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية
على عاقلته دون اهل المحلة لانه في يده فصار كما اذا كان في داره وكذا اذا كان
راكبها او قائدها فان اجتمعوا فعليهم لان القتيل في ايديهم فصار كما اذا وجد في دارهم
قال وان مرت دابة بين قريتين وعليها قتيل فهو على اقربهما لما روي ان
النبي عليه السلام اتي بقتيل وجد بين قريتين فامر ان يذرع وعن عمر رضي الله عنه انه
لما كتب اليه في القتيل الذي وجد بين وادعة وارحب كتب بان يقيس بين قريتين
فوجد القتيل الى وادعة اقرب فقضى عليهم بالقسامة قيل هذا محمول على ما اذا كان
بحيث يبلغ اهله الصوت لانه اذا كان بهذه الصفة يلحقه الغوث فيمكنهم النصرة وقد قصروا
وان وجد القتيل في دار انسان فالقسامة عليه لان الدار في يده والدية على عاقلته
لان نصرته منهم وقوته بهم ولا يدخل السكان في القسامة مع الملاك عند ابي حنيفة
وهو قول محمد وقال ابو يوسف هو عليهم جميعا لان ولاية التدبير كما تكون بالسكنى
تكون بالملك الا ترى ان النبي عليه السلام جعل القسامة والدية على اليهود وان كانوا
سكانا بخيبر ولهما ان المالك هو المختص بنصرة البقعة دون السكان لان سكنى
الملاك الزم وقرارهم ادوم فكانت ولاية التدبير اليهم فيتحقق التقصير منهم واما
اهل خيبر فالنبي عليه السلام اقرهم على املاكهم فكان يأخذ منهم على وجه الخراج
قال وهي على اهل الخطة دون المشترين وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
الكل مشتركون لان الضمان انما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ وبهذا
الطريق يجعل جانيا مقصرا والولاية باعتبار الملك وقد استووا فيه ولهما ان
صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف ولانه اصيل والمشتري دخيل
وولاية التدبير الى الاصيل وقيل ابو حنيفة بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة قال
فان بقي واحد منهم فكذلك يعني من اهل الخطة لما بينا وان لم يبق واحد منهم بان باعوا

لان ولاية التدبير تكون بالسكنى كما تكون بالملك

كلهم فهو على المشترين لان الولاية انتقلت اليهم او خلصت لهم لزوال من يتقدمهم او
يزاحمهم واذا وجد قتيل فى دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل
العاقلة فى القسامة ان كانوا حضورا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار
تكرر عليه الايمان وهذا عند ابى حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا قسامة على العاقلة
لان رب الدار اخص به من غيره فلا يشاركه غيره فيها كاهل المحلة لا يشاركهم فيها
عواقلهم ولهما ان الحضور لزمتهم نصرة البقعة كما تلزم صاحب الدار فيشاركونه
فى القسامة فان وجد القتيل فى دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها لرجل ولاخر
ما بقى فهو على رؤوس الرجال لان صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير فى التدبير فكانوا
سواء فى الحفظ والتقصير فيكون على عدد الرؤوس بمنزلة الشفعة قال ومن اشترى
دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فهو على عاقلة البايع وان كان فى البيع
خيار لاحدهما فهو على عاقلة الذى فى يده وهذا عند ابى حنيفة وقالا ان لم
يكن فيه خيار فعلى عاقلة المشترى وان كان فيه خيار فعلى عاقلة الذى يصير له
لانه انما انزل قاتلا باعتبار التقصير فى الحفظ ولا يجب الا على من له ولاية قاتلا
الحفظ والولاية تستفاد بالملك ولهذا كانت الدية على صاحب الدار دون
المودع والملك للمشترى قبل القبض فى البيع البات وفى المشروط فيه الخيار
يعتبر فيه قرار الملك كما فى صدقة الفطر ولابى حنيفة ان القدرة على الحفظ
باليد لا بالملك الا يرى انه يقتدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقتدر
بالملك دون اليد وفى البيع البات اليد للبايع قبل القبض وكذا فيما فيه الخيار
لاحدهما قبل القبض لانه دون البات ولو كان المبيع فى يد المشترى والخيار له
فهو اخص الناس به تصرفا ولو كان الخيار للبايع فهو فى يده مضمون عليه بالقيمة
كالمغصوب فيعتبر يده اذ بها يقدر على الحفظ قال ومن كان فى يده دار فوجد
فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهود انها للذى فى يده لانه لا بد
من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العاقلة عنه واليد وان كان دليلا على الملك
لكنها محتملة فلا تكفى لايجاب الدية على العاقلة كما لا تكفى لاستحقاق الشفعة فى
الدار المشفوعة فلا بد من اقامة البينة وان وجد القتيل فى سفينة فالقسامة
على من فيها من الركاب والملاحين لانها فى ايديهم واللفظ يشمل اربابها حتى
تجب على الارباب الذين فيها وعلى السكان وكذا على من يمدها والمالك وغير

غير المالك فى ذلك سواء وكذا العجلة وهذا على ما روى عن ابى يوسف ظاهر و
الفرق لهما ان السفينة تنقل وتحول فيعتبر فيها اليد دون الملك كما فى الدابة
بخلاف المحلة والدار لانها لا تنقل قال وان وجد فى مسجد محلة فالقسامة
على اهلها لان التدبير فيه اليهم وان وجد فى المسجد الجامع او الشارع الاعظم
فلا قسامة فيه والدية على بيت المال لانه للعامة لا يختص به واحد منهم وكذلك
الجسور العامة ومال بيت المال مال عامة المسلمين ولو وجد فى السوق ان كان
مملوكا فعند ابى يوسف يجب على السكان وعندهما على المالك وان لم يكن مملوكا
كالشوارع العامة التى بنيت فيها فعلى بيت المال لانه لجماعة المسلمين ولو وجد
فى السجن فالدية على بيت المال وعلى قول ابى يوسف الدية والقسامة على اهل السجن على م
لانهم سكان وولاية التدبير اليهم والظاهر ان القتل حصل منهم وهما يقولان ن
ان اهل السجن مقهورون فلا يتناصرون فلا يتعلق بهم ما يجب لاجل النصرة
ولانه بنى لاستيفاء حقوق المسلمين فاذا كان غنمه يعود اليهم فغرمه يرجع عليهم
قالوا وهذه فريعة الملك والسكنى وهى مختلف فيها بين ابى حنيفة وابى يوسف
وان وجد فى برية ليس بقربها عمارة فهو هدر وتفسير القرب ما ذكرنا من
استماع الصوت لانه اذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره فلا يوصف
بالتقصير وهذا اذا لم تكن مملوكة لاحد اما اذا كانت فالقسامة والدية
على عاقلته وان وجد بين قريتين كان على اقربهما وقد ذكرناه وان وجد
فى وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر لانه ليس فى يد احد ولا فى ملكه وان
كان محتبسا بالشاطئ فهو على اقرب القرى من ذلك المكان على التفسير الذى
تقدم لانه اختص بنصرة هذا الموضع فهو كالموضوع على الشط والشط فى يد
من هو اقرب منه الا يرى انهم يستقون منه الماء ويوردون بهائمهم فيه دوابهم خ
بخلاف النهر الذى يستحق به الشفعة لاختصاص اهلها به لقيام يدهم عليه فيكون
القسامة والدية عليهم وان ادعى الولى على واحد من اهل المحلة بعينه لم تسقط
القسامة عنهم وقد ذكرناه وذكرنا فيه القياس والاستحسان وان ادعى على قد ساه من قبل يوم م
واحد من غيرهم سقط عنهم ووجه الفرق ان وجوب القسامة عليهم دليل
على ان القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافى ابتداء الامر لانه منهم بخلاف
ما اذا ادعى من غيرهم لان ذلك بيان ان القاتل ليس منهم وهم انما يغرمون

اذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديرا حيث لم يأخذوا على يد الظالم ولان اهل المحلة
لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل بين اظهرهم الا بدعوى الولي فاذا ادعى القتل على
غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقد شرطه. قال واذا التقى قوم بالسيوف
فاجلوا عن قتيل فهو على اهل المحلة لان القتيل بين اظهرهم والحفظ عليهم الا
ان يدعي الاولياء على اولئك او على رجل منهم بعينه فلم يكن على اهل المحلة لان
هذه الدعوى تضمنت براءة اهل المحلة عن القسامة. قال ولا على اولئك
حتى يقيموا البينة لان بمجرد الدعوى لا يثبت الحق للحديث الذي رويناه اما يسقط
به الحق عن اهل المحلة لان قوله حجة على نفسه. ولو وجد قتيل في معسكر اقاموا
بفلاة من الارض لا ملك لاحد فيها فان وجد في خباء او فسطاط فعلى من
يسكنها الدية والقسامة وان كان خارجا من الفسطاط فعلى اقرب الاخبية
اعتبارا لليد عند انعدام الملك وان كان القوم لقوا قتالا ووجد قتيل
بين اظهرهم فلا قسامة ولا دية لان الظاهر ان العدو قتله فكان هدرا
وان لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناه وان كان للارض مالك فالعسكر كالسكان
فيجب على المالك عند ابي حنيفة خلافا لابي يوسف وقد ذكرناه. قال وان
قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلا غير فلان
لانه يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل فيحلف على ما ذكرنا لانه لما
اقر بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين فبقي حكم من سواه فيحلف عليه. واذا
شهد اثنان من اهل المحلة على رجل من غيرهم انه قتل لم تقبل شهادتهما وهذا
عند ابي حنيفة وقالا تقبل لانهم كانوا بعرضية ان يصيروا خصماء وقد بطلت
العرضية بدعوى الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة
اذا عزل قبل الخصومة ولابي حنيفة انهم خصماء بانزالهم قاتلين للتقصير
الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا من جملة الخصوم كالوصي اذا خرج
من الوصاية بعد ما قبلها ثم شهد. قال رض وعلى هذين تخرج كثير
من المسائل من هذا الجنس. فلو ادعى على واحد من اهل المحلة بعينه فشهد
شاهدان من اهلها عليه لم تقبل الشهادة لان الخصومة قائمة مع الكل
على ما بيناه وانه يقطعها عن نفسه فكان متهما وعن ابي يوسف ان الشهود
يحلفون بالله ما قتلنا ولا يزدادون على ذلك لانهم اخبروا انهم عرفوا

القاتل. قال ومن جرح في قبيلة فنقل الى اهله فمات من تلك الجراحة فان كان
صاحب فراش حتى مات فالقسامة والدية على القبيلة وهذا قول ابي حنيفة وقال
ابو يوسف لا ضمان فيه ولا قسامة لان الذي حصل في القبيلة او المحلة
ما دون النفس ولا قسامة فيه فصار كما اذا لم يكن صاحب فراش ولابي حنيفة
ان الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص فان كان صاحب
فراش اضيف اليه وان لم يكن احتمل ان يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك
ولو ان رجلا معه جريح به رمق حمله انسان الى اهله فمكث يوما او يومين
ثم مات لم يضمن الذي حمله في قول ابي يوسف وفي قياس قول ابي حنيفة يضمن لان
يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحا في يده كوجوده فيها وقد ذكرنا وجهي القولين
فيما قبله من مسئلة القبيلة. قال ولو وجد الرجل قتيلا في دار نفسه فديته على
عاقلته لورثته عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد وزفر لا شيء فيه لان
الدار في يده حين وجد الجريح فيجعل كانه قتل نفسه فيكون هدرا. ولابي حنيفة
ان القسامة انما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا لا يدخل في الدية من مات
قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم بخلاف المكاتب
اذا وجد قتيلا في دار نفسه لان حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه
فيصير كانه قتل نفسه فيهدر دمه. ولو ان رجلين كانا في بيت وليس معهما
ثالث فوجد احدهما مذبوحا قال ابو يوسف يضمن الآخر الدية وقال محمد لا يضمنه
لانه يحتمل انه قتل نفسه ويحتمل ان الآخر قتله فلا يضمنه بالشك ولابي يوسف
ان الظاهر ان الانسان لا يقتل نفسه فكان التوهم ساقطا كما اذا وجد قتيل
في محلة. ولو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند ابي حنيفة ومحمد عليها القسامة
تكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها اقرب القبائل اليها في النسب وقال
ابو يوسف القسامة على العاقلة ايضا لان القسامة انما تجب على من كان من اهل
النصرة والمرأة ليست من اهلها فاشبهت الصبي ولهما ان القسامة لنفي التهمة
وتهمة القتل من المرأة متحققة قال المتأخرون ان المرأة تدخل مع العاقلة
في التحمل في هذه المسئلة لانا انزلناها قاتلة والقاتل يشارك العاقلة. ولو وجد
رجل قتيلا في ارض رجل الى جانب قرية ليس صاحب الارض من اهلها قال
هو على صاحب الارض لانه احق بنصرة ارضه من اهل القرية. والله تعالى اعلم

كتاب المعاقل المعاقل جمع معقلة وهي الدية وتسمى الدية عقلا
لانها تعقل الدماء من ان تسفك اي تمسك قال والدية في شبه العمد والخطأ وكل دية
وجبت بنفس القتل على العاقلة والعاقلة الذين يعقلون اي يؤدون العقل
وهو الدية وقد ذكرناه في الديات والاصل في وجوبها على العاقلة قوله
عليه الصلوة والسلام في حديث حمل بن مالك للاولياء قوموا فدوه ولان النفس
محترمة لا وجه الى الاهدار والخاطئ معذور وكذا الذي تولى شبه العمد نظرا
الى الآلة فلا وجه الى ايجاب العقوبة عليه وفي ايجاب مال عظيم اجحافه واستيصاله
فيصير عقوبة فضم اليه العاقلة تحقيقا للتخفيف وانما خصوا بالضم لانه انما قصر
لقوة فيه وتلك بانصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته
فخصوا به قال والعاقلة اهل الديوان ان كان القاتل من اهل الديوان يؤخذ من عطاياهم
في ثلث سنين واهل الديوان اهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت اساميهم في الديوان
وهذا عندنا وقال الشافعي الدية على اهل العشيرة لانه كان كذلك على عهد رسول الله
صلى الله عليه وسلم ولا نسخ بعده ولانه صلة والاولى بها الاقارب ولنا قضية عمر رضي الله عنه
فانه لما دون الدواوين جعل العقل على اهل الديوان وكان ذلك بمحضر من الصحابة
رضي الله عنهم من غير نكير منهم وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى لان العقل كان على
اهل النصرة وقد كانت بانواع بالقرابة والحلف والولاء والعد وفي عهد
عمر رضي الله عنه قد صارت بالديوان فجعلها على اهله اتباعا للمعنى ولهذا قالوا لو
كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم اهل الحرفة وان كان بالحلف فاهله
والدية صلة كما قال لكن ايجابها فيما هو صلة وهو العطاء اولى منه في اصول اموالهم
والتقدير بثلث سنين مروي عن النبي عليه السلام ومحكي عن عمر رضي الله عنه ولان الاخذ
من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج في كل سنة مرة واحدة فان خرجت العطايا في اكثر
من ثلث سنين او اقل اخذت منها لحصول المقصود وتاويله اذا كانت العطايا للسنين
المستقبلة بعد القضاء حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء
لا يؤخذ منها لان الوجوب بالقضاء على ما نبين ان شاء الله تعالى ولو خرج للقاتل
ثلث عطايا في سنة واحدة معناه في المستقبل يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا
واذا كان جميع الدية في ثلث سنين فكل ثلث منها في سنة واذا كان الواجب بالعقل
ثلث دية النفس او اقل كان في سنة واحدة وما زاد على الثلث الى تمام الثلثين في السنة

الثانية وما زاد على ذلك الى تمام الدية في الثالثة وما وجب على العاقلة من الدية
او على القاتل بان قتل الاب ابنه عمدا فهو في ماله في ثلث سنين وقال الشافعي ما وجب
على القاتل في ماله فهو حال لان التاجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض
ولنا ان القياس ياباه والشرع ورد به مؤجلا فلا يتعداه ولو قتل عشرة رجلا
خطأ فعلى عاقلة كل واحد عشر الدية في ثلث سنين اعتبارا للجزء بالكل اذ هو بدل
النفس وانما يعتبر مدة ثلث سنين من وقت القضاء بالدية لان الواجب الاصلي
المثل والتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤها من وقته كما في ولد المغرور
ومن لم يكن من اهل الديوان فعاقلته قبيلته لان نصرته بهم وهي المعتبرة في
التعاقل قال وتقسم عليهم في ثلث سنين لا يزاد الواحد على اربعة دراهم في كل
سنة وينقص منها قال رضي الله عنه كذا ذكر القدوري في مختصره وهذا اشارة
الى انه يزاد على اربعة من جميع الدية وقد نص محمد على انه لا يزاد كل واحد من جميع
الدية في ثلث سنين على ثلثة او اربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة الا درهم
او درهم وثلث درهم وهو الاصح قال فان لم تتسع القبيلة لذلك ضم اليهم
اقرب القبائل نسبا كل ذلك لمعنى التخفيف ويضم الاقرب فالاقرب على
ترتيب العصبات الاخوة ثم بنوهم ثم الاعمام ثم بنوهم واما الاباء والابناء فقيل
يدخلون لقربهم وقيل لا يدخلون لان الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد اكثر
من ثلثة او اربعة وهذا المعنى انما يتحقق عند الكثرة والاباء والابناء لا يكثرون
وعلى هذا حكم الرايات اذا لم تتسع لذلك اهل راية ضم اليهم اقرب الرايات يعني
اقربهم نصرة اذا حزبهم امر الاقرب فالاقرب ويفوض ذلك الى الامام لانه
هو العالم به ثم هذا كله عندنا وعند الشافعي يجب على كل واحد نصف دينار فيسوي
بين الكل لانه صلة فيعتبر بالزكوة وادناها ذلك اذ خمسة دراهم عندهم نصف
دينار ولكنا نقول هي احط رتبة منها الا يرى انه لا يؤخذ من اصل المال فينقص
منها تحقيقا لزيادة التخفيف ولو كانت عاقلة الرجل اصحاب الرزق يقضى بالدية
في ارزاقهم في ثلث سنين في كل سنة الثلث لان الرزق في حقهم بمنزلة العطاء
قائم مقامه اذ كل منهما صلة من بيت المال ثم ينظر ان كانت ارزاقهم تخرج في كل
سنة فكما خرج رزق يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطاء وان كان يخرج في كل ستة
اشهر وخرج بعد القضاء يؤخذ منه سدس الدية وان كان يخرج في كل شهر يؤخذ

من كل رزق بحصته من الشهر حتى يكون المستوفى في كل سنة مقدار الثلث وان خرج بعد
القضاء بيوم او اكثر اخذ من رزق ذلك الشهر بحصة الشهر وان كانت لهم ارزاق
في كل شهر واعطية في كل سنة فرضت الدية في الاعطية دون الارزاق لانه ايسر
اما لان الاعطية اكثر او لان الرزق لكفاية الوقت فيتعسر الاداء منه والاعطيات
ليكونوا في الديوان قائمين بالنصرة فيتيسر عليهم قال وادخل القاتل مع العاقلة
فيكون فيما يؤدي كاحدهم لانه هو الفاعل فلا معنى لاخراجه ومؤاخذة غيره وقال
الشافعي لا يجب على القاتل شيء من الدية اعتبارا للجزء بالكل في النفي عنه والجامع
كونه معذورا قلنا ايجاب الكل اجحاف به ولا كذلك ايجاب الجزء ولو كان الخاطئ
معذورا فالبريء عنه اولى قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر اخرى قال
وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ في الديوان عقل لقول عمر رضي الله عنه
لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امراة ولان العقل انما يجب على اهل النصرة لتركهم
مراقبته والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء ولهذا لا يوضع عليهم ما هو
خلف عن النصرة وهو الجزية وعلى هذا لو كان القاتل صبيا او امراة لا شيء عليهما
من الدية بخلاف الرجل لان وجوب جزء من الدية على القاتل باعتبار انه
احد العواقل لانه ينصر نفسه وهذا لا يوجد فيهما والفرض لهما من العطاء للمعونة
لا للنصرة كفرض ازواج النبي صلى الله عليه وسلم ورضي عنهن قال ولا يعقل اهل
مصر عن اهل مصر آخر يريد به اذا كان لاهل كل مصر ديوان على حدة لان التناصر
بالديوان عند وجوده ولو كان باعتبار القرب في السكنى فاهل مصره اقرب اليه
من اهل مصر آخر ويعقل اهل كل مصر من اهل سوادهم لانهم اتباع لاهل المصر
فانهم اذا حزبهم امر استنصروا بهم فيعقلهم اهل المصر باعتبار معنى القرب و النصرة
ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه اهل الكوفة لانه يستنصر باهل
ديوانه لا بجيرانه والحاصل ان الاستنصار بالديوان اظهر فلا يظهر معه
حكم النصرة بالقرابة والنسب والولاء وقرب السكنى وغيره وبعد الديوان النصرة
بالنسب على ما بيناه وعلى هذا يخرج كثير من صور مسائل المعاقل ومن جنى جناية من اهل
المصر وليس له في الديوان عطاء واهل البادية اقرب اليه ومسكنه المصر عقل عنه
اهل الديوان من ذلك المصر ولم يشترط ان يكون بينه وبين اهل الديوان قرابة
وقيل هو صحيح لان الذين يذبون عن اهل المصر ويقومون بنصرتهم اهل الديوان

ت

ويعقلهم اهل المصر

صور

ويذبون عنهم

من اهل

من اهل المصر ولا يخصون به اهل العطاء وقيل ان اعطيتهم اذا كان قريبا لهم وفي الكتاب
اشارة اليه حيث قال واهل البادية اقرب اليه من اهل المصر وهذا لان الوجوب
بحكم القرابة واهل المصر اقرب منهم مكانا فكانت القدرة على النصرة لهم وصار
نظير مسألة الغيبة المنقطعة ولو كان البدوي نازلا في المصر لا مسكن له فيه
لا يعقله اهل المصر من اهل العطاء لا ينصرون من لا مسكن له فيه كما ان اهل البادية
لا يعقل عن اهل المصر النازل فيهم لانه لا ينصرهم وان كان لاهل الذمة عواقل
معروفة يتعاقلون بها فقتل احدهم قتيلا فديته على عاقلته بمنزلة المسلم لانهم التزموا
احكام الاسلام في المعاملات لا سيما في المعاني العاصمة عن الاضرار ومعنى
التناصر موجود في حقهم وان لم تكن لهم عاقلة معروفة فالدية في ماله في ثلاث سنين
من يوم يقضى بها عليه كما في حق المسلم لما بينا ان الوجوب على القاتل وانما يتحول عنه
الى العاقلة ان لو وجدت فاذا لم توجد بقي عليه بمنزلة تاجرين مسلمين في دار الحرب
قتل احدهما صاحبه يقضى بالدية عليه في ماله لان اهل دار الاسلام لا يعقلون
عنه وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر في
لعدم التناصر والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم لان الكفر كله
ملة واحدة قالوا هذا اذا لم تكن المعاداة فيما بينهم ظاهرة اما اذا كانت ظاهرة
كاليهود والنصارى ينبغي ان لا يعقل بعضهم عن بعض وهكذا عن ابي يوسف لانقطاع
التناصر ولو كان القاتل من اهل الكوفة وله بها عطاء فحول ديوانه الى البصرة
ثم رفع الى القاضي فانه يقضي بالدية على عاقلته من اهل البصرة وقال زفر يقضي على
عاقلته من اهل الكوفة وهو رواية عن ابي يوسف لان الموجب هي الجناية وقد
تحققت وعاقلته اهل الكوفة وصار كما اذا حول بعد القضاء ولنا ان المال
انما يجب عند القضاء لما ذكرنا ان الواجب هو المثل وبالقضاء ينتقل الى المال
وكذا الوجوب على القاتل وتتحمل عنه عاقلته واذا كان كذلك تتحمل عنه من يكون
عاقلته عند القضاء بخلاف ما بعد القضاء لان الواجب قد تقرر بالقضاء فلا
ينتقل بعد ذلك لكن حصة القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة لانها تؤخذ من
العطاء وعطاؤه بالبصرة بخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم حيث يضم
اليهم اقرب القبائل في النسب لان في النقل ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفي
الضم تكثير المتحملين لما قضي به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الاول لا ابطاله وعلى

قل

عاقلة

هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة
قضي بالدية على اهل البصرة ولو كان قضي بها على اهل الكوفة لم ينتقل عنهم وكذا
البدوي اذا الحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضى بالدية على اهل الديوان
وبعد القضاء على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم وهذا بخلاف ما اذا كان قوم
من اهل البادية قضي بالدية عليهم في اموالهم في ثلاث سنين ثم جعلهم الامام في العطاء
حيث تصير الدية في اعطياتهم وان كان قضي بها اول مرة في اموالهم لانه
ليس فيه نقض القضاء الاول لانه قضي بها في اموالهم واعطياتهم اموالهم غير
ان الدية تقضى من ايسر الاموال اداء والاداء من العطاء ايسر اذا صاروا
من اهل العطاء الا اذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضي به عليه بان كان القضاء
بالابل والعطاء دراهم فحينئذ لا تتحول الى الدراهم ابدا لما فيه من ابطال القضاء
الاول لكن يقضى ذلك من مال العطاء لانه ايسر. قال وعاقلة المعتق قبيلة مولاه
لان النصرة بهم. ويؤيد ذلك قوله عليه السلام مولى القوم منهم. قال ومولى الموالاة
يعقل عنه مولاه وقبيلته لانه ولاء يتناصرون به فاشبه ولاء العتاقة. وفيه خلاف
الشافعي وقد مر في الولاء. قال ولا تعقل العاقلة اقل من نصف عشر الدية وتتحمل
نصف العشر فصاعدا والاصل فيه حديث ابن عباس رضي الله عنهما موقوفا عليه
ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا
ولا اعترافا ولا ما دون ارش الموضحة وارش الموضحة نصف عشر بدل النفس ولان
التحمل للاحتراز عن الاجحاف ولا اجحاف في القليل وانما هو في الكثير والتقدير
الفاصل عرف بالسمع. قال وما نقص من ذلك يكون في مال الجاني والقياس فيه
التسوية بين القليل والكثير فيجب الكل على العاقلة كما ذهب اليه الشافعي او التسوية
في ان لا يجب شيء على العاقلة الا انا تركناه بما روينا وبما روي انه عليه السلام اوجب
ارش الجنين على العاقلة وهو نصف عشر بدل الرجل على ما مر في الديات فما دونه
يسلك به مسلك الاموال لانه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم فلهذا
كان في مال الجاني اخذا بالقياس. قال ولا تعقل العاقلة جناية العبد ولا ما
لزم بالصلح او باعتراف الجاني لما روينا ولانه لا تناصر بالعبد والاقرار
والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم. قال الا ان يصدقوه لانه ثبت
بتصادقهم والامتناع كان لحقهم ولهم ولاية على انفسهم ومن اقر بقتل خطأ ولم

ولم يرتفعوا الى القاضي الا بعد سنين قضي عليه بالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضي
لان التاجيل من وقت القضاء في الثابت بالبينة ففي الثابت بالاقرار اولى
ولو تصادق القاتل وولي الجناية على ان قاضي بلد كذا قضى بالدية على عاقلته
بالكوفة بالبينة وكذبهما العاقلة فلا شيء على العاقلة لان تصادقهما ليس بحجة عليهم
ولم يكن عليه شيء في ماله لان الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة بالقضاء
وتصادقهما حجة في حقهما بخلاف الاول لان هناك لم يكن له عطاء فحينئذ يلزمه
بقدر حصته لانه في حق حصته مقر على نفسه وفي حق العاقلة مقر عليهم. قال واذا
جنى الحر على العبد فقتله خطأ كان على عاقلته لانه بدل النفس على ما عرف من
اصلنا وفي احد قولي الشافعي يجب في ماله لانه بدل المال عنده ولهذا يوجب قيمته
بالغة ما بلغت وما دون النفس من العبد لا تتحمله العاقلة لانه يسلك به مسلك الاموال
عندنا على ما عرف وفي احد قوليه تتحمله كما في الحر وقد مر من قبل. قال اصحابنا
ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال لان جماعة المسلمين هم اهل
نصرته وليس بعضهم اخص من بعض بذلك ولهذا اذا مات كان ميراثه لبيت المال
فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال. وعن ابي حنيفة رواية شاذة ان الدية
في ماله. ووجهه ان الاصل ان تجب الدية على القاتل لانه بدل متلف والاتلاف
منه الا ان العاقلة تتحملها تحقيقا للتخفيف على ما مر فاذا لم تكن له عاقلة عاد الحكم
الى الاصل. وابن الملاعنة تعقله عاقلة امه لان نسبه ثابت منها دون الاب
فان عقلوا عنه ثم ادعاه الاب رجعت عاقلة الام بما ادت على عاقلة الاب في ثلاث
سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الام على عاقلة الاب لانه تبين ان الدية واجبة
عليهم لان عند الاكذاب ظهر ان النسب لم يزل كان ثابتا من الاب حيث بطل
اللعان بالاكذاب ومتى ظهر من الاصل فقوم الام تحملوا ما كان واجبا على قوم
الاب فيرجعون عليهم لانهم مضطرون في ذلك وكذلك ان مات المكاتب عن وفاء
وله ولد حر فلم تؤد كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم امه ثم اديت
الكتابة لانه عند الاداء يتحول ولاؤه الى قوم ابيه من وقت حرية الاب
وهو آخر جزء من اجزاء حياته فتبين ان قوم الام عقلوا عنهم فيرجعون عليهم
وكذلك رجل امر صبيا بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة الصبي الدية رجعت بها
على عاقلة الآمر ان كان الامر ثبت بالبينة وفي مال الآمر ان كان ثبت باقراره

في ثلاث سنين من يوم يقضى بها القاضي على آدم او على عاقلته لان الدية تجب مؤجلة
بطريق التيسير قال رضي الله عنه ههنا عشر مسائل ذكرها محمد رح مفرقة والاصل الذي يخرج
عليه ان يقال حال القاتل اذا تبدل حكما فانتقل ولاؤه الى ولاء آخر بسبب حادث
لم ينتقل جنايته عن الاولى قضى بها او لم يقض وان ظهرت حالة خفية مثل دعوة
ولد الملاعنة تحولت الجناية الى الاخرى وقع القضاء بها او لم يقع ولو لم يختلف حال
الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء فان كان قضى بها
على الاولى لم ينتقل الى الثانية وان لم يكن قضى بها على الاولى فانه يقضي بها على الاول خ
الثانية واذا كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة او نقصان اشتركوا في حكم الجناية
قبل القضاء وبعده الا فيما سبق اداؤه فمن احكم هذا الاصل تيسر عليه تخريج ما
ورد عليه من النظائر والاضداد.

كتاب الوصايا

باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه

قال الوصية غير واجبة وهي
مستحبة والقياس يأبى جوازها لانه تمليك مضاف الى حال زوال مالكيته ولو اضيف
الى حال قيامها بان قال ملكتك غدا كان باطلا فهذا اولى الا انا استحسناه لحاجة
الناس اليها فان الانسان مغرور بامله مقصر في عمله فاذا عرض له المرض وخاف
البيات يحتاج الى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط بماله على وجه لو مضى فيه يتحقق
مقصوده المآلي ولو انهضه البرء يصرفه الى مطلبه الحالي وفي شرع الوصية ذلك
فشرعناه ومثله في الاجارة بيناه وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما
في قدر التجهيز والدين وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية قدر م
يوصى بها او دين والسنة وهو قوله عليه السلام ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث
اموالكم في آخر اعماركم زيادة لكم في اعمالكم تضعونها حيث شئتم او قال حيث احببتم
وعليه اجماع الامة ثم تصح للاجنبي في الثلث من غير اجازة الورثة لما رويناه وسنبين
ما هو الافضل فيه ان شاء الله تعالى ولا يجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه السلام في حديث
سعد رضي الله عنه الثلث والثلث كثير بعدما نفى وصيته بالكل والنصف ولانه حق
الورثة وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال فاوجب تعلق
حقهم به الا ان الشرع لم يظهره في حق الاجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره
على ما بيناه واظهره في حق الورثة لان الظاهر انه لا يتصدق به عليهم تحرزا عما
يتفق من الايثار على ما نبينه وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية من اكبر الكبائر

وفسروه

وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث قال الا ان يجيزها الورثة بعد موته
وهم كبار لان الامتناع لحقهم وهم اسقطوه ولا معتبر باجازتهم في حال حياته
لانها قبل ثبوت الحق اذ الحق يثبت عند الموت فكان لهم ان يردوه بعد وفاته
بخلاف ما بعد الموت لانه بعد ثبوت الحق فليس لهم ان يرجعوا عنه لان الساقط
متلاش غاية الامر انه يستند عند الاجازة لكن الاستناد يظهر في حق القائم
وهذا قد مضى وتلاشى ولان الحقيقة تثبت بعد الموت وقبله يثبت مجرد الحق
فلو استند من كل وجه ينقلب حقيقة قبله والرضا ببطلان الحق لا يكون رضا
ببطلان الحقيقة وكذلك ان كانت الوصية للوارث واجازته البقية فحكمه ما
ذكرناه وكل ما جاز باجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا
وعند الشافعي من قبل الوارث والصحيح قولنا لان السبب صدر من الموصي والاجازة
رفع المانع وليس من شرطه القبض وصار كالمرتهن اذا اجاز بيع الراهن قال
ولا يجوز للقاتل عامدا كان او خاطئا بعد ان كان مباشرا لقوله عليه السلام لا وصية خاطئا م
للقاتل ولانه استعجل ما اخره الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث وقال
الشافعي يجوز للقاتل وعلى هذا الخلاف اذا اوصى لرجل ثم انه قتل الموصي تبطل
الوصية عندنا وعنده لا تبطل والحجة عليه في الفصلين ما بيناه ولو اجازتها
الورثة جاز عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يجوز لان جنايته باقية
والامتناع لاجلها ولهما ان الامتناع لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود اليهم
كنفع بطلان الميراث ولانهم لا يرضونها للقاتل كما لا يرضونها لاحدهم قال
ولا يجوز لوارثه لقوله عليه السلام ان الله تعالى اعطى كل ذي حق حقه الا لا وصية
للوارث ولانه يتأذى البعض بايثار البعض ففي تجويزه قطيعة الرحم ولانه حيف بالحديث بايثار البعض م
الذي رويناه ويعتبر كونه وارثا او غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لانه
تمليك مضاف الى ما بعد الموت وحكمه يثبت بعد الموت والهبة من المريض للوارث
في هذا نظير الوصية لانه وصية حكما حتى ينفذ من الثلث واقرار المريض للوارث
على عكسه لانه تصرف في الحال فيعتبر ذلك وقت الاقرار قال الا ان يجيزها
الورثة ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه ولان الامتناع لحقهم فيجوز
باجازتهم ولو اجاز بعض ورد بعض يجوز على المجيز بقدر حصته لولايته
عليه وبطل في حق الراد قال ويجوز ان يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم فالاول

لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين الآية وقالوا لانهم بعقد الذمة
ساووا المسلمين في المعاملات ولهذا جاز التبرع من الجانبين في حالة الحياة فكذا
بعد الممات وفي الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن
الذين قاتلوكم في الدين الآية قال وقبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له
في حال الحياة او ردها فذلك باطل لان اوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به
فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد قال ويستحب ان يوصي الانسان بدون الثلث
سواء كانت الورثة اغنياء او فقراء لان في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم
بخلاف استكمال الثلث لانه استيفاء تمام حقه فلا صلة ولا منة ثم الوصية باقل من الثلث
اولى ام تركها قالوا ان كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فالترك اولى
لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال عليه السلام افضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح
ولان فيه رعاية حق الفقراء والقرابة جميعا وان كانوا اغنياء او يستغنون بنصيبهم
فالوصية اولى لانه يكون صدقة على الاجنبي والترك هبة من القريب والاولى
اولى لانه يبتغي بها وجه الله تعالى وقيل في هذا الوجه يخير لاشتمال كل منهما على
فضيلة وهو الصدقة او الصلة فيخير بين الخيرين قال والموصى به يملك بالقبول
خلافا لزفر وهو احد قولي الشافعي هو يقول الوصية اخت الميراث اذ كل منهما خلافة
لما انه انتقال ثم الارث يثبت من غير قبول فكذا الوصية ولنا ان الوصية اثبات
ملك جديد ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب ولا يملك احد
اثبات الملك لغيره الا بقبوله اما الوراثة خلافة حتى يثبت فيه هذه الاحكام فيثبت
جبرا من الشرع من غير قبول قال الا في مسئلة واحدة وهو ان يموت الموصي ثم يموت
الموصى له قبل القبول فيدخل الموصى به في ملك ورثته استحسانا والقياس ان تبطل
الوصية لما بينا ان الملك موقوف على القبول فصار كموت المشتري قبل قبوله بعد
ايجاب البائع وجه الاستحسان ان الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته تماما لا يلحقه
الفسخ من جهته وانما توقف لحق الموصى له فاذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط
فيه الخيار للمشتري اذا مات قبل الاجازة قال ومن اوصى وعليه دين يحيط بماله
لم تجز الوصية لان الدين مقدم على الوصية لانه اهم الحاجتين فانه فرض والوصية
تبرع وابدا يبدأ بالاهم فالاهم الا ان يبرئه الغرماء لانه لم يبق الدين فتنفذ
الوصية على الحد المشروع لحاجته اليها قال ولا تصح وصية الصبي وقال الشافعي

تصح

تصح اذا كان في وجوه الخير لان عمر رضي الله عنه اجاز وصية يفاع او يافع وهو
الذي راهق الحلم ولانه نظر له بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى ولو لم تنفذ يبقى على
غيره ولنا انه تبرع والصبي ليس من اهله ولان قوله غير ملزم وفي تصحيح وصيته قول
بالزام قوله والاثر محمول على انه كان قريب العهد بالحلم مجازا او كانت وصيته في
تجهيزه وامر دفنه وذلك جائز عندنا وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته كما بيناه
والمعتبر في النفع والضرر النظر الى وضع التصرفات لا الى ما يتفق بحكم الحال
اعتبره بالطلاق فانه لا يملكه ولا وصيه وان كان يتفق نافعا في بعض
الاحوال وكذا اذا اوصى ثم مات بعد الادراك لعدم الاهلية وقت المباشرة
وكذا اذا قال اذا ادركت فثلث مالي لفلان وصية لقصور اهليته فلا يملكه
تنجيزا وتعليقا كما في الطلاق والعتاق بخلاف العبد والمكاتب لان اهليتهما مستتمة
والمانع حق المولى فتصح اضافته الى حال سقوطه قال ولا تصح وصية المكاتب وان
ترك وفاء لان ماله لا يقبل التبرع وقيل على قول ابي حنيفة لا تصح وعندهما تصح
ردا لها الى مكاتب يقول كل مملوك املكه فيما استقبل فهو حر ثم عتق فملك وهو خلاف
فيها معروف عرف في موضعه قال ويجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة
اشهر من وقت الوصية اما الاول فلان الوصية استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة
في بعض ماله والجنين صلح خليفة في الارث فكذا في الوصية اذ هي اخته الا انه
يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك بخلاف الهبة لانها تمليك محض ولا ولاية لاحد عليه
ليملكه شيئا واما الثاني فلانه بعرض الوجود اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت
الوصية وبابها اوسع لحاجة الميت وعجزه ولهذا يصح في غير الموجود كالثمرة فلان
يصح في الموجود اولى قال ومن اوصى بجارية الا حملها صحت الوصية والاستثناء
لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا فاذا افرد
الام بالوصية صح افرادها ولانه يصح افراد الحمل بالوصية فجاز استثناؤه
وهذا هو الاصل ان ما يصح افراده صح استثناؤه منه اذ لا فرق بينهما وما لا يصح بالعقد
افراده بالعقد لا يصح استثناؤه وقد مر في البيوع قال ويجوز للموصي الرجوع
عن الوصية لانه تبرع لم يتم فجاز الرجوع فيه كالهبة وقد حققناه في كتاب الهبة
ولان القبول يتوقف على الموت والايجاب يصح ابطاله قبل القبول كما في البيع
قال واذا صرح بالرجوع او فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعا اما الصريح

فظاهر وكذا الدلالة لأنها تعمل عمل الصريح فقام مقام قوله قد أبطلت وصار كالبيع
بشرط الخيار فإنه يبطل الخيار فيه بالدلالة ثم كل فعل لو فعله الإنسان في ملك الغير
ينقطع به حق المالك فإذا فعله الموصي كان رجوعا وقد عددنا هذه الأفاعيل
في كتاب الغصب وكل فعل يوجب زيادة في الموصى به ولا يمكن تسليم العين إلا بها
فهو رجوع إذا فعله مثل السويق يلته بالسمن والدار يبني فيها الموصي والقطن
يحشو به والبطانة يبطن بها والظهارة يظهر بها لأنه لا يمكن تسليمه بدون الزيادة
ولا يمكن نقضها لأنه حصل في ملك الموصي من جهته بخلاف تجصيص الدار الموصى بها
وهدم بنائها لأنه تصرف في التابع وكل تصرف أوجب زوال ملك الموصي فهو
رجوع كما إذا باع العين الموصى به ثم اشتراه أو وهبه ثم رجع فيه لأن الوصية
لا تنفذ إلا في ملكه فإذا أزاله كان رجوعا وذبح الشاة الموصى بها رجوع
لأنه للصرف إلى حاجته عادة فصار هذا المعنى أصلا أيضا وغسل الثوب الموصى به
لا يكون رجوعا لأن من أراد أن يعطي ثوبه غيره يغسله عادة فكان تقريرا قال
ومن جحد الوصية لم يكن رجوعا كذا ذكره محمد وقال أبو يوسف يكون رجوعا لأن
الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الحال والماضي فأولى أن يكون رجوعا ولمحمد
أن الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك وإذا كان ثابتا في الحال
كان الجحود لغوا أو لأن الرجوع إثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي
والحال فلا يكون رجوعا حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة ولو قال كل
وصية أوصيت بها لفلان فهو حرام وربا لا يكون رجوعا لأن الوصف يستدعي
بقاء الأصل بخلاف ما إذا قال فهي باطل لأنه الذاهب المتلاشي ولو قال أخرتها
لا يكون رجوعا لأن التأخير ليس للسقوط كتأخير الدين بخلاف ما إذا قال تركت
لأنه إسقاط ولو قال العبد الذي أوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعا
لأن اللفظ يدل على قطع الشركة بخلاف ما إذا أوصى به لرجل ثم أوصى به لآخر لأن المحل
يحتمل الشركة واللفظ صالح لها وكذا إذا قال فهو لفلان وارثي يكون رجوعا عن الأول
لما بينا ويكون وصية للوارث وقد ذكرنا حكمه ولو كان فلان الآخر ميتا حين أوصى
فالوصية الأولى على حالها لأن الوصية الأولى إنما تبطل ضرورة كونها للثاني
ولم يتحقق فبقي للأول ولو كان فلان حين قال ذلك حيا ثم مات قبل موت
الموصي فهي للورثة لبطلان الوصيتين الأولى بالرجوع والثانية بالموت

باب الوصية بثلث المال ومن أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز
الورثة فالثلث بينهما لأنه يضيق الثلث عن حقهما إذ لا يزاد عليه عند عدم الإجازة
على ما تقدم وقد تساويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق والمحل يقبل
الشركة فيكون بينهما وإن أوصى لأحدهما بالثلث ولآخر بالسدس فالثلث بينهما
أثلاثا لأن كل واحد يدلي بسبب صحيح وضاق الثلث عن حقيهما فيقتسمانه على
قدر حقيهما كما في أصحاب الديون فيجعل الأقل سهما فصار ثلاثة أسهم سهم لصاحب
الأقل وسهمان لصاحب الأكثر وإن أوصى لأحدهما بجميع ماله ولآخر بثلث ماله
فلم تجز الورثة فالثلث بينهما على أربعة عندهما وقال أبو حنيفة الثلث بينهما نصفان
ولا يضرب أبو حنيفة للموصى له بما زاد على الثلث إلا في المحاباة والسعاية والدراهم
المرسلة لهما في الخلافية أن الموصي قصد شيئين الاستحقاق والتفضيل وامتنع الاستحقاق
لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في المحاباة وأختيها وله أن الوصية
وقعت بغير المشروع عند عدم الإجازة من الورثة إذ لا نفاذ لها بحال فيبطل
أصلا والتفضيل يثبت في ضمن الاستحقاق فبطل ببطلانه كالمحاباة الثابتة في ضمن
البيع بخلاف مواضع الإجماع لأن لها نفاذا في الجملة بدون إجازة الورثة بأن كان
في المال سعة فيعتبر في التفاضل لكونه مشروعا في الجملة بخلاف ما نحن فيه وهذا
بخلاف ما إذا أوصى بعين من تركته قيمته تزيد على الثلث فإنه يضرب بالثلث وإن
احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث لأن هناك الحق تعلق بعين التركة بدليل أنه
لو هلك واستفاد مالا آخر تبطل الوصية وفي الألف المرسلة لو هلكت التركة تنفذ
فيما يستفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة قال ولو أوصى بنصيب ابنه
فالوصية باطلة ولو أوصى بمثل نصيب ابنه جاز لأن الأول وصية بمال الغير
لأن نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت والثاني وصية بمثل نصيب الابن ومثل
الشيء غيره وإن كان يتقدر به فيجوز وقال زفر يجوز في الأول أيضا نظرا
إلى الحال والكل ماله فيه وجوابه ما قلناه قال ومن أوصى بسهم من ماله فله أخس
سهام الورثة إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس وفي الجامع الصغير له
مثل نصيب أحد الورثة ولا يزاد على السدس وهذا عند أبي حنيفة وقالا له
مثل نصيب أحد الورثة ولا يزاد على الثلث إلا أن يجيز الورثة لأن السهم يراد به
أحد سهام الورثة عرفا لا سيما في الوصية والأقل متيقن به فيصرف إليه إلا

اذا زاد على الثلث فيرد اليه لانه لا مزيد عليه عند عدم اجازة الورثة وله ان السهم هو
السدس هو المروي عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه وقد رفعه الى النبي عليه السلام
فيما يروى ولانه يذكر ويراد به السدس فان اياسا قال السهم في اللغة عبارة
عن السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى ما ذكرنا قالوا كان هذا
في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزء قال ولو اوصى بجزء من ماله قيل للورثة اعطوه
ما شئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير غير ان الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة
قائمون مقام الموصي فاليهم البيان ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس
او في مجلس آخر له ثلث مالي واجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس في الثلث
ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في غيره سدس مالي لفلان
فله سدس واحد لان السدس ذكر معرفا بالاضافة الى المال والمعرفة متى اعيدت
يراد بالثاني عين الاول وهو المعهود في اللغة قال ومن اوصى بثلث دراهمه او ثلث
غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي وقال
زفر له ثلث ما بقي لان كل واحد منهما مشترك بينهم والمال المشترك يتوى ما توى منه
على الشركة ويبقى ما بقي عليها وصار كما اذا كانت التركة اجناسا مختلفة ولنا ان
في الجنس الواحد يمكن جمع حق احدهم في الواحد ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة وفيه
جمع والوصية مقدمة فجمعناها في الواحد الباقي وصارت الدراهم كالدرهم بخلاف
الاجناس المختلفة لانه لا يمكن الجمع فيها جبرا فكذا تقديما قال ولو اوصى بثلث ثيابه
فهلك ثلثاها وبقي ثلثها وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق الا ثلث ما بقي من الثياب
قالوا هذا اذا كانت الثياب من اجناس مختلفة ولو كانت من جنس واحد فهو بمنزلة
الدراهم وكذا المكيل والموزون بمنزلتها لانه يجري فيه الجمع جبرا بالقسمة قال ولو
اوصى بثلث ثلثة من رقيقه فمات اثنان لم يكن له الا ثلث الباقي وكذا الدور
المختلفة وقيل هذا قول ابي حنيفة وحده لانه لا يرى الجبر على القسمة فيها وقيل هذا
قول الكل لان عندهما للقاضي ان يجتهد ويجمع وبدون ذلك يتعذر الجمع والاول
اشبه للفقه المذكور قال ومن اوصى لرجل بالف درهم وله مال عين ودين فان
خرج الالف من ثلث العين دفع الى الموصى له لانه امكن ايفاء كل ذي حق حقه من غير
بخس فيصار اليه وان لم يخرج دفع اليه ثلث العين وكلما خرج شيء من الدين اخذ
ثلثه حتى يستوفي الالف لان الموصى له شريك الوارث وفي تخصيصه بالعين بخس في

في حق الورثة لان للعين فضلا على الدين ولان الدين ليس بمال في مطلق الحال وانما يصير
مالا عند الاستيفاء فانما يعتدل النظر بما ذكرناه قال ومن اوصى لزيد وعمرو بثلث
ماله فاذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد لان الميت ليس باهل للوصية فلا يزاحم الحي الذي
هو من اهلها كما اذا اوصى لزيد وجدار وعن ابي يوسف انه اذا لم يعلم بموته فله نصف الثلث
لان الوصية عنده صحيحة لعمرو فلم يرض للحي الا بنصف الثلث بخلاف ما اذا علم بموته
لان الوصية للميت لغو فكان راضيا بكل الثلث للحي وان قال ثلث مالي بين زيد وعمرو
وزيد ميت كان لعمرو نصف الثلث لان قضية هذا اللفظ ان يكون لكل واحد منهما
نصف الثلث بخلاف ما تقدم الا ترى ان من قال ثلث مالي لفلان وسكت كان له كل
الثلث ولو قال ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث قال ومن اوصى بثلث ماله
ولا مال له واكتسب مالا استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت لان الوصية عقد
استخلاف مضاف الى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعده فيشترط وجود المال عند الموت
لا قبله وكذا اذا كان له مال فهلك ثم اكتسب مالا لما بينا ولو اوصى له بثلث غنمه
فهلك الغنم قبل موته او لم يكن له غنم في الاصل فالوصية باطلة لما ذكرنا انه ايجاب
بعد الموت فيعتبر قيامه حينئذ وهذه الوصية تعلقت بالعين فتبطل بفواتها عند
الموت وان لم يكن له غنم فاستفاد ثم مات فالصحيح ان الوصية تصح لانها لو
كانت بلفظ المال تصح فكذا اذا كانت باسم نوعه وهذا لان وجوده قبل الموت فضل
والمعتبر قيامه عند الموت ولو قال له شاة من مالي وليس له غنم يعطى قيمة شاة
لانه لما اضافه الى المال علمنا ان مراده الوصية بمالية الشاة اذ ماليتها توجد
في مطلق المال ولو اوصى بشاة ولم يضفه الى ماله ولا غنم له قيل لا تصح لان المصحح
اضافته الى المال وبدونها تعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل تصح لانه لما ذكر
الشاة وليس في ملكه شاة علم ان مراده المالية ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له
فالوصية باطلة لانه لما اضافه الى الغنم علمنا ان مراده عين الشاة حيث جعله
جزءا من الغنم بخلاف ما اذا اضافه الى المال وعلى هذا يخرج كثير من الشعب
قال ومن اوصى بثلث ماله لامهات اولاده وهن ثلاث وللفقراء والمساكين فلهن
ثلاثة اسهم من خمسة اسهم قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وعن محمد انه يقسم
على سبعة اسهم لهن ثلاثة ولكل فريق سهمان واصله ان الوصية لامهات الاولاد
جائزة والفقراء والمساكين جنسان وفسرناهما في الزكوة لمحمد ان المذكور لفظ الجمع

وأدناه في الميراث اثنان نجد ذلك في القرآن فكان من كل فريق اثنان وأمهات الأولاد ثلث فلهذا يقسم على سبعة ولهما أن الجمع المحلى بالألف واللام يراد به الجنس وأنه يتناول الأدنى مع احتمال الكل لا سيما عند تعذر صرفه إلى الكل فيعتبر من كل فريق واحد والثلث للثلث فبلغ الحساب خمسة. قال ولو أوصى بثلثه لفلان وللمساكين فنصفه لفلان ونصفه للمساكين عندهما وعند محمد ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين ولو أوصى للمساكين له صرفه إلى مسكين واحد عندهما وعنده لا يصرف إلا إلى مسكينين بناء على ما بيناه. قال ومن أوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة ثم قال لآخر قد أشركتك معهما فله ثلث كل مائة لأن الشركة للمساواة لغة وقد أمكن إثباته بين الكل بما قلناه لاتحاد المال لأنه يصيب كل واحد منهم ثلثا مائة بخلاف ما إذا أوصى لرجل بأربعمائة ولآخر بمائتين ثم كان الإشراك لأنه لا يمكن تحقيق المساواة بين الكل لتفاوت المالين فحملناه على مساواته كل واحد بتنصيف نصيبه عملا باللفظ بقدر الإمكان. قال ومن قال لفلان علي دين فصدقوه معناه قال ذلك لورثته فإنه يصدق إلى الثلث وهذا استحسان وفي القياس لا يصدق لأن الإقرار بالمجهول وإن كان صحيحا لكنه لا يحكم به إلا بالبيان وقوله فصدقوه صدر مخالفا للشرع لأن المدعي لا يصدق إلا بحجة فتعذر إثباته إقرارا مطلقا فلا يعتبر ووجه الاستحسان أنا نعلم أن من قصده تقديمه على الورثة وقد أمكن تنفيذ قصده بطريق الوصية وقد يحتاج إليه من يعلم بأصل الحق عليه دون مقداره سعيا منه في تفريغ ذمته فيجعلها وصية جعل التقدير فيها إلى الموصى له كأنه قال إذا جاءكم فلان وادعى شيئا فأعطوه من مالي ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق إلى الثلث دون الزيادة. قال فإن أوصى بوصايا غير ذلك يعزل الثلث لأصحاب الوصايا والثلثان للورثة لأن ميراثهم معلوم وكذا الوصايا معلومة وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم فيقدم عزل المعلوم وفي الإفراز فائدة أخرى وهو أن أحد الفريقين قد يكون أعلم بمقدار هذا الحق وأبصر به والآخر ألد خصاما وعساهم يختلفون في الفضل إذا ادعاه الخصم وبعد الإفراز يصح إقرار كل واحد فيما في يده من غير منازعة وإذا عزل يقال لأصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه فيما شئتم لأن هذا دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ فإذا أقر كل فريق بشيء ظهر أن في التركة دينا شائعا في النصيبين فيؤخذ أصحاب الثلث بثلث ما أقروا به والورثة بثلثي ما أقروا

تنفيذا لإقرار كل فريق في قدر حقه وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم إن ادعى المقر له زيادة على ذلك لأنه يحلف على ما جرى بينه وبين غيره. قال ومن أوصى لأجنبي ولوارثه فللأجنبي نصف الوصية وتبطل وصية الوارث لأنه أوصى بما يملك الإيصاء به وبما لا يملك فصح في الأول وبطل في الثاني بخلاف ما إذا أوصى لحي وميت لأن الميت ليس بأهل للوصية فلا يصلح مزاحما فيكون الكل للحي والوارث من أهلها ولهذا تصح بإجازة الورثة فافترقا. وعلى هذا إذا أوصى للقاتل وللأجنبي وهذا بخلاف ما إذا أقر بعين أو دين لوارثه وللأجنبي حيث لا يصح في حق الأجنبي أيضا لأن الوصية إنشاء تصرف والشركة تثبت حكما له فتصح في حق من يستحقه منهما أما الإقرار فإخبار عن كائن وقد أخبر بوصف الشركة في الماضي ولا وجه إلى إثباته بدون هذا الوصف لأنه خلاف ما أخبر به ولا إلى إثباته بالوصف لأنه يصير الوارث فيه شريكا ولأنه لو قبض الأجنبي شيئا كان للوارث أن يشاركه فيبطل في ذلك القدر ثم لا يزال يقبض ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل فلا يكون مفيدا وفي الإنشاء حصة أحدهما ممتازة عن حصة الآخر بقاء وبطلانا. قال ومن كان له ثلاثة أثواب جيد ووسط ورديء فأوصى بكل واحد لرجل فضاع ثوب ولا يدري أيها هو والورثة يجحدون ذلك فالوصية باطلة ومعنى جحودهم أن يقول الوارث لكل واحد منهم بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك فكان المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود فبطل. قال إلا أن يسلم الورثة الثوبين الباقيين فإن سلموا زال المانع وهو الجحود فيكون لصاحب الجيد ثلثا الثوب الأجود ولصاحب الأوسط ثلث الجيد وثلث الأدون ولصاحب الأدون ثلثا الثوب الأدون لأن صاحب الجيد لا حق له في الرديء بيقين لأنه إما أن يكون وسطا أو رديا ولا حق له فيهما وصاحب الرديء لا حق له في الجيد بيقين لأنه إما أن يكون جيدا أو وسطا ولا حق له فيهما ويحتمل أن يكون الرديء هو الرديء الأصلي فيعطى من محل الاحتمال وإذا ذهب ثلثا الجيد وثلثا الأدون لم يبق إلا ثلث الجيد وثلث الرديء فيتعين حق صاحب الوسط فيه ضرورة. قال وإذا كانت الدار بين رجلين فأوصى أحدهما ببيت بعينه لرجل فإنها تقسم فإن وقع البيت في نصيب الموصي فهو للموصى له عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد نصفه للموصى له وإن وقع في نصيب الآخر فللموصى له مثل ذرع البيت وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد مثل ذرع نصف البيت له لأنه

اوصى بملكه وبملك غيره لان الدار بجميع اجزائها مشتركة فينفذ الاول ويتوقف
الثاني وهو ان ملكه تعين لكن بالقسمة التي هي مبادلة لا تنفذ الوصية [illegible]
كما اذا اوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم اذا اقتسموها ووقع البيت في نصيب الموصي
تنفذ الوصية في عين الموصى به وهو نصف البيت وان وقع في نصيب صاحبه له
مثل ذرع نصف البيت تنفيذا للوصية في بدل الموصى به عند فواته كالجارية
الموصى بها اذا قتلت تنفذ الوصية في بدلها بخلاف ما اذا بيع العبد الموصى به
حيث لا تتعلق الوصية بثمنه لان الوصية تبطل بالاقدام على البيع على ما بيناه ولا تبطل
بالقسمة ○ ولهما انه اوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لان الظاهر انه يقصد
الايصاء بملك ينتفع به من كل وجه وذلك يكون بالقسمة لان الانتفاع بالمشاع
قاصر وقد استقر ملكه في جميع البيت اذا وقع في نصيبه فتنفذ الوصية فيه ومعنى
المبادلة في هذه القسمة تابع وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على
القسمة فيه وعلى اعتبار الافراز يصير كأن البيت ملكه من الابتداء وان وقع في
نصيب الآخر تنفذ في قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه اما لانه عوضه كما
ذكرناه او لان مراد الموصي من ذكر البيت التقدير به تحصيلا لمقصوده ما امكن
الا انه تعين البيت اذا وقع في نصيبه جمعا بين الجهتين التقدير والتمليك واذا وقع
في نصيب الآخر عملنا بالتقدير او لانه اراد التقدير على اعتبار احد الوجهين والتمليك
بعينه على اعتبار الوجه الآخر كما اذا علق عتق الولد وطلاق المرأة باول ولد
تلده أمته فالمراد في جزاء الطلاق مطلق الولد وفي العتق ولد حي ثم اذا وقع
البيت في نصيب غير الموصي والدار مائة ذراع والبيت عشرة اذرع تقسم نصيبه بين
الموصى له والورثة على عشرة اسهم تسعة منها للورثة وسهم للموصى له ○ وهذا عند محمد
فيضرب الموصى له بخمسة اذرع نصف البيت وهم بنصف الدار سوى البيت وهو خمسة
واربعون فيجعل كل خمسة منها سهما فيصير عشرة وعندهما تقسم على احد عشر سهما لان
الموصى له يضرب بالعشرة وهم بخمسة واربعين فتصير السهام احد عشر للموصى له سهمان
ولهم تسعة ○ ولو كان مكان الوصية اقرار قيل هو على هذا الخلاف وقيل لا خلاف
فيه لمحمد ○ والفرق له ان الاقرار بملك الغير صحيح حتى ان من اقر بملك الغير لغيره ثم
ملكه يؤمر بالتسليم الى المقر له والوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه
ثم مات لا تصح وصيته ولا تنفذ ○ ومن اوصى من مال رجل لآخر بالف بعينه فاجاز قال م

صاحب المال بعد موت الموصي فان دفعه فهو جائز ○ وله ان يمنع لانه تبرع بمال الغير
فيتوقف على اجازته ○ واذا اجاز يكون تبرعا منه ايضا فله ان يمتنع من التسليم بخلاف ما
اذا اوصى بالزيادة على الثلث واجازت الورثة لان الوصية في مخرجها صحيحة لمصادفتها
ملك نفسه والامتناع لحق الورثة فاذا اجازوها سقط حقهم فنفذ من جهة الموصي
قال ○ واذا اقتسم الابنان تركة الاب الفا ثم اقر احدهما لرجل ان الاب
اوصى له بثلث ماله فان المقر يعطيه ثلث ما في يده وهذا استحسان والقياس ان يعطيه
نصف ما في يده وهو قول زفر لان اقراره بالثلث له تضمن اقراره بمساواته اياه
والتسوية في اعطاء النصف ليبقى له النصف وجه الاستحسان انه اقر له بثلث شائع
في التركة وهي في ايديهما فيكون مقرا بثلث ما في يده بخلاف ما اذا اقر احدهما بدين
لغيره لان الدين مقدم على الميراث فيكون مقرا بتقدمه فيقدم عليه اما الموصى له
بالثلث شريك الوارث فلا يسلم له شيء الا ان يسلم للورثة مثلاه ولانه لو اخذ
منه نصف ما في يده فربما يقر الابن الآخر به ايضا فياخذ نصف ما في يده فيصير
نصف التركة فيزداد على الثلث ○ قال ○ ومن اوصى لرجل بجارية بعينها فولدت
بعد موت الموصي ولدا وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له لان الام دخلت
في الوصية اصالة والولد تبعا حين كان متصلا بالام فاذا ولدت قبل القسمة
والتركة قبلها مبقاة على ملك الميت حتى يقضى بها ديونه دخل في الوصية فيكونان
للموصى له وان لم يخرجا من الثلث ضرب بالثلث واخذ ما يخصه منهما جميعا في قول
ابي يوسف ومحمد ○ وقال ابو حنيفة ياخذ ذلك من الام فان فضل شيء اخذه من
الولد ○ وفي الجامع الصغير عين صورة وقال رجل له ستمائة درهم وامة تساوي
ثلثمائة درهم فاوصى بالجارية لرجل ثم مات فولدت ولدا يساوي ثلثمائة درهم
قبل القسمة فللموصى له الام وثلث الولد عنده ○ وعندهما له ثلثا كل واحد منهما لهما ما
ذكرنا ان الولد دخل في الوصية تبعا حالة الاتصال فلا يخرج عنها بالانفصال
كما في البيع والعتق فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم الام ○ وله ان الام
اصل والولد فيه تبع والتبع لا يزاحم الاصل فلو نفذنا الوصية فيهما جميعا تنتقض
الوصية في بعض الاصل ○ وذلك لا يجوز بخلاف البيع لان تنفيذ البيع في التبع
لا يؤدي الى نقضه في الاصل بل يبقى تاما صحيحا فيه الا انه لا تقابله
بعض الثمن ضرورة مقابلة البعض بالولد اذا اتصل به القبض ولكن الثمن

تابع في البيع حتى ينعقد البيع بدون ذكره وإن كان فاسداً هذا إذا ولدت قبل القسمة
فإن ولدت بعد القسمة فهو للموصى له لأنه نماء خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة

فصل في اعتبار حالة الوصية

وإذا أقر المريض لامرأة بدين أو أوصى لها بشيء أو وهب
لها هبة ثم تزوجها ثم مات جاز الإقرار وبطلت الوصية والهبة لأن الإقرار
ملزم بنفسه وهي أجنبية عند صدوره ولهذا يعتبر من جميع المال ولا يبطل بالدين
إذا كان في حالة الصحة أو في حالة المرض إلا أن الثاني يؤخر عنه بخلاف الوصية
لأنها إيجاب عند الموت وهي وارثة عند ذلك ولا وصية للوارث والهبة وإن
كانت منجزة صورة فهي كالمضاف إلى ما بعد الموت حكماً لأن حكمها يتقرر عند الموت
ألا يرى أنها تبطل بالدين المستغرق وعند عدم الدين تعتبر من الثلث قال وإذا أقر المريض
لابنه بدين وابنه نصراني أو وهب له أو أوصى له فأسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله
أما الهبة والوصية فلما قلنا إنه وارث عند الموت وهما إيجابان عنده أو بعده والإقرار
وإن كان ملزماً بنفسه ولكن سبب الإرث وهو البنوة قائم وقت الإقرار فيعتبر في إيراث
تهمة الإيثار بخلاف ما تقدم لأن سبب الإرث الزوجية وهي طارئة حتى لو كانت الزوجة
قائمة وقت الإقرار وهي نصرانية ثم أسلمت قبل موته لا يصح الإقرار لقيام السبب حال صدوره
قال وكذا لو كان الابن عبداً أو مكاتباً فأعتق لما ذكرنا وذكر في كتاب الإقرار
إن لم يكن عليه دين يصح لأنه أقر لمولاه وهو أجنبي وإن كان عليه دين لا يصح لأنه أقر له
وهو ابنه والوصية باطلة لما ذكرنا أن المعتبر فيها وقت الموت وأما الهبة فيروى
أنها تصح لأنها تمليك في الحال وهو رقيق وفي عامة الروايات هي في مرض الموت
بمنزلة الوصية فلا تصح قال والمقعد والمفلوج والأشل والمسلول إذا تطاول ذلك
فلم يخف منه الموت فهبته من جميع المال لأنه إذا تقادم العهد صار طبعاً من طباعه ولهذا
لا يشتغل بالتداوي ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث وإن
وهب عندما أصابه ذلك ومات من أيامه فهو من الثلث إذا صار صاحب فراش
لأنه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت

باب العتق في المرض

قال ومن أعتق عبداً في مرضه أو باع وحابى أو وهب فذلك كله جائز وهو معتبر
من الثلث ويضرب به مع أصحاب الوصايا وفي بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز
والمراد الاعتبار من الثلث والضرب مع أصحاب الوصايا لا حقيقة الوصية لأنها
إيجاب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة به وكذلك

ما ابتدأ المريض إيجابه على نفسه كالضمان والكفالة في حكم الوصية لأنه يتهم فيه كما في الهبة
وكل ما أوجبه بعد الموت فهو من الثلث وإن أوجبه في حال صحته اعتباراً بحالة الإضافة
دون حالة العقد وما نفذ من التصرف فالمعتبر فيه حالة العقد فإن كان صحيحاً فهو
من جميع المال وإن كان مريضاً فمن الثلث وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة لأن
بالبرء تبين أنه لا حق لأحد في ماله قال فإن حابى ثم أعتق وضاق الثلث عنهما
فالمحاباة أولى عند أبي حنيفة وإن أعتق ثم حابى فهما سواء وقالا العتق أولى
في المسألتين والأصل فيه أن الوصايا إذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل من أوصى له
يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض إلا العتق الموقع في
المرض والعتق المعلق بموت الموصى كالتدبير الصحيح والمحاباة في البيع إذا وقعت
في المرض لأن الوصايا قد تساوت والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي
في نفس الاستحقاق وإنما قدم العتق الذي ذكرناه آنفاً لأنه أقوى فإنه لا يلحقه الفسخ
من جهة الموصى وغيره يلحقه الفسخ وكذا المحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصى
وإذا تقدم ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه من سواهما من أهل الوصايا
ولا يقدم البعض على البعض لهما في الخلافية أن العتق أقوى لأنه لا يلحقه الفسخ
والمحاباة يلحقها ولا معتبر بالتقديم في الذكر لأنه لا يوجب التقدم في الثبوت
وله أن المحاباة أقوى لأنها تثبت في ضمن عقد المعاوضة فكان تبرعاً بمعناه
لا بصيغته والإعتاق تبرع صيغة ومعنى فإذا وجدت المحاباة أولاً دفع الأضعف
وإذا وجد العتق أولاً وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة وعلى هذا
قال أبو حنيفة إذا حابى ثم أعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما
ثم ما أصاب المحاباة الأخيرة قسم بينها وبين العتق لأن العتق مقدم عليها فيستويان
ولو أعتق ثم حابى ثم أعتق قسم الثلث بين العتق الأول والمحاباة وما أصاب العتق
قسم بينه وبين العتق الثاني وعندهما العتق أولى بكل حال قال ومن أوصى بأن يعتق
عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم يعتق عنه بما بقي عند أبي حنيفة وإن
كانت وصية بحجة يحج عنه بما بقي من حيث يبلغ وإن لم يهلك منها وبقي شيء من الحجة
يرد على الورثة وقالا يعتق عنه بما بقي لأنه وصية بنوع قربة
فيجب تنفيذها ما أمكن اعتباراً بالوصية بالحج وله أنه وصية بعتق عبد يشترى
بمائة وتنفيذها فيمن يشترى بأقل منه تنفيذ لغير الموصى له وذلك لا يجوز بخلاف

الوصية بالحج لانها قربة محضة هي حق الله تعالى والمستحق لم يتبدل فصار كما اذا اوصى
لرجل بثلثه فهلك بعضها يدفع الباقي اليه وقيل هي مسئلة بناء على اصل اخر مختلف فيه
وهو ان العتق حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى فلم يتبدل
المستحق وعنده حق العبد حتى لا تقبل البينة عليه من غير دعوى فاختلف المستحق وهذا
اشبه قال ومن ترك ابنين ومائة درهم وعبدا قيمته مائة وقد كان اعتقه في مرضه
فاجاز الوارثان ذلك لم يسع في شيء لان العتق في مرض الموت وان كان في حكم الوصية
وقد وقعت باكثر من الثلث الا انها تجوز باجازة الورثة لان الامتناع لحقهم وقد
اسقطوه قال ومن اوصى بعتق عبده ثم مات فجنى العبد جناية ودفع بها بطلت الوصية
لان الدفع قد صح لما ان حق ولي الجناية مقدم على حق الموصي فكذلك على حق الموصى له
لانه يتلقى الملك من جهته الا ان ملكه فيه باق وانما يزول بالدفع فاذا خرج به
عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الموصي او وارثه بعد موته فان فداه الورثة كان
الفداء في اموالهم لانهم هم الذين التزموه وجازت الوصية لان العبد طهر عن الجناية
بالفداء كانه لم يجن فنفذت الوصية قال ومن اوصى بثلث ماله لاخر فاقر الموصى له
والوارث ان الميت اعتق هذا العبد فقال الموصى له اعتقه في الصحة وقال الوارث
اعتقه في المرض فالقول قول الوارث ولا شيء للموصى له الا ان يفضل من الثلث شيء
او يقوم له البينة ان العتق في الصحة لان الموصى له يدعي استحقاق ثلث ما بقي من
التركة بعد العتق لان العتق في الصحة ليس بوصية ولهذا ينفذ من جميع المال والوارث
ينكر لان مدعاه العتق في مرضه وهو وصية والعتق في المرض مقدم على الوصية
بثلث المال فكان منكرا والقول قول المنكر مع اليمين ولان العتق حادث والحوادث
تضاف الى اقرب الاوقات للتيقن بها فكان الظاهر شاهدا للوارث فيكون القول
قوله مع اليمين الا ان يفضل من الثلث شيء على قيمة العبد لانه لا مزاحم له او تقوم
له البينة ان العتق في الصحة لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة وهو خصم في اقامتها
لاثبات حقه قال ومن ترك عبدا فقال للوارث اعتقني ابوك في الصحة وقال رجل
لي على ابيك الف درهم فقال صدقتما فان العبد يسعى في قيمته عند ابي حنيفة وقالا
يعتق ولا يسعى في شيء لان العتق والدين في الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث
في كلام واحد فصارا كانهما كانا معا والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وان كان على
المعتق دين وله ان الاقرار بالدين اقوى لانه يعتبر من جميع المال والاقرار بالعتق

المرض

في المرض اصلا الا انه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بايجاب السعاية
ولان الدين اسبق لانه لا مانع له من الاستناد فيستند الى حالة الصحة ولا يمكن
اسناد العتق الى تلك الحالة لان الدين يمنع العتق في حالة المرض مجانا فتجب السعاية
وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك الف درهم فقال رجل لي على الميت الف درهم
دين وقال الاخر كان لي عنده الف درهم وديعة فعنده الوديعة اقوى وعندهما
هما سواء فصل ومن اوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها
قدمها الموصي او اخرها مثل الحج والزكوة والكفارات لان الفريضة اهم من النافلة
والظاهر منه البداية بما هو الاهم فان تساوت في القوة بدأ بما قدمه الموصي اذا
ضاق عنها الثلث لان الظاهر انه يبتدي بالاهم وذكر الطحاوي انه يبتدي بالزكوة
ويقدمها على الحج وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف وفي رواية عنه انه يقدم الحج
وهو قول محمد وجه الاولى انهما وان استويا في الفرضية فالزكوة تعلق بها حق العبد
فكان اولى وجه الاخرى ان الحج تقام بالمال والنفس والزكوة بالمال قصرا عليه
فكان الحج اقوى ثم تقدم الزكوة والحج على الكفارات لمزيتهما عليها في القوة
اذ قد جاء فيهما من الوعيد ما لم يأت في الكفارة والكفارة في القتل والظهار واليمين
مقدمة على صدقة الفطر لانه عرف وجوبها بالقرآن دون صدقة الفطر
وصدقة الفطر مقدمة على الاضحية للاتفاق على وجوبها والاختلاف في الاضحية
وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض قال وما ليس بواجب قدم منه
ما قدمه الموصي لما بينا وصار كما اذا صرح بذلك قالوا ان الثلث يقسم على جميع
الوصايا ما كان لله تعالى وما كان للعبد فما اصاب القرب صرف اليها على الترتيب
الذي ذكرناه ويقسم على عدد القرب ولا يجعل الجميع كوصية واحدة لانه ان
كان المقصود بجميعها رضا الله تعالى فكل واحدة في نفسها مقصود فينفرد كما ينفرد
وصايا الادميين قال ومن اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا
لان الواجب لله تعالى الحج من بلده ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده
والوصية لاداء ما هو الواجب عليه وانما قال راكبا لانه لا يلزمه ان يحج ماشيا فانصرف
اليه على الوجه الذي وجب عليه قال فان لم تبلغ الوصية النفقة احجوا عنه من حيث تبلغ
وفي القياس لا يحج عنه لانه امر بالحج على صفة عدمناها فيه غير انا جوزناه لانا
نعلم ان الموصي قصد تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما امكن والممكن فيه ما ذكرناه

يحتسب من الثلث واذا قوي الدفع
الدين نقضته ان يبطل
العتق في المرض

وفيه الوديعة
اقوى

الفريضة
بدى
اهم

وهو أولى من إبطالها رأساً وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل قال
ومن خرج من بلده حاجاً فمات في الطريق وأوصى أن يحج عنه يحج عنه من بلده عند أبي حنيفة
وهو قول زفر وقال أبو يوسف ومحمد يحج عنه من حيث بلغ استحساناً وعلى هذا الخلاف
إذا مات الحاج عن غيره في الطريق لهما أن السفر بنية الحج وقع قربة وسقط فرض
قطع المسافة بقدره وقد وقع أجره على الله فيبتدأ من ذلك المكان كأنه من أهله
بخلاف سفر التجارة لأنه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده وله أن الوصية تنصرف إلى الحج
من بلده على ما قررناه أداء للواجب على الوجه الذي وجب

باب الوصية للأقارب وغيرهم

قال ومن أوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند أبي حنيفة وقالا
هم الملاصقون وغيرهم ممن يسكن محلة الموصي ويجمعهم مسجد المحلة وهذا استحسان وقوله
قياس لأن الجار من المجاورة وهي الملاصقة حقيقة ولهذا يستحق الشفعة بهذا الجوار
ولأنه لما تعذر صرفه إلى الجميع يصرف إلى أخص الخصوص وهو الملاصق وجه الاستحسان
أن هؤلاء كلهم يسمون جيراناً عرفاً وقد تأيد بقوله عليه السلام لا صلاة لجار المسجد
إلا في المسجد وفسره بكل من سمع النداء ولأن المقصود بر الجيران واستحبابه ينتظم
الملاصق وغيره إلا أنه لا بد من الاختلاط وذلك عند اتحاد المسجد وقال الشافعي
الجار إلى أربعين داراً بعيد وما يروى فيه ضعيف قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك
والذكر والأنثى والمسلم والذمي لأن اسم الجار يتناولهم ويدخل فيه العبد الساكن عنده
لإطلاقه ولا يدخل عندهما لأن الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن قال
ومن أوصى لأصهاره فالوصية لكل ذي رحم محرم من امرأته لما روي أنه عليه السلام
لما تزوج صفية أعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها إكراماً لها وكانوا يسمون
أصهار النبي عليه السلام وهذا التفسير اختيار محمد وأبي عبيد وكذا يدخل فيه كل ذي
رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لأن الكل
أصهار ولو مات الموصي والمرأة في نكاحه أو في عدته من طلاق رجعي فالصهر
يستحق الوصية وإن كان في عدة من طلاق بائن لا يستحقها لأن بقاء الصهرية
ببقاء النكاح وهو شرط وقت الموت قال ومن أوصى لأختانه فالوصية لكل زوج
ذات رحم محرم منه وكذا المحارم للأزواج لأن الكل يسمى ختناً قيل هذا في عرفهم
وفي عرفنا لا يتناول إلا أزواج المحارم ويستوي فيه الحر والعبد والأقرب والأبعد
لأن اللفظ يتناول الكل قال ومن أوصى لأقاربه فهي للأقرب فالأقرب من كل

ذي رحم

ذي رحم محرم منه ولا يدخل فيه الوالدان والولد ويكون للاثنين فصاعداً وهذا عند
أبي حنيفة وقالا الوصية لكل من ينسب إلى أقصى أب له في الإسلام وهو أول
أب أسلم أو أول أب أدرك الإسلام وإن لم يسلم على حسب ما اختلف فيه المشايخ وفائدة
الاختلاف تظهر في أولاد أبي طالب فإنه أدرك الإسلام ولم يسلم لهما أن القريب
مشتق من القرابة فيكون اسماً لمن قامت به فينتظم بحقيقته مواضع الخلاف وله أن الوصية
أخت الميراث وفي الميراث يعتبر الأقرب فالأقرب والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان
فكذا في الوصية والمقصود من هذه الوصية تلافي ما فرط في إقامة واجب الصلة وهو يختص
بذي الرحم المحرم منه ولا يدخل فيه قرابة الولاد فإنهم لا يسمون أقرباء ومن سمى والده
قريباً كان منه عقوقاً وهذا لأن القريب في عرف اللسان من يتقرب إلى غيره بوسيلة
غيره وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد
الإجماع على تركه فعنده رحمه الله يقيد بما ذكرناه وعندهما بأقصى أب في الإسلام
وعند الشافعي بالأب الأدنى قال فإذا أوصى لأقاربه وله عمان وخالان فالوصية
لعميه عند أبي حنيفة اعتباراً للأقرب كما في الإرث وعندهما بينهم أرباعاً إذ هما لا يعتبران
الأقرب ولو ترك عماً وخالين فللعم نصف الوصية وللخالين النصف لأنه لا بد من اعتبار
معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية كما في الميراث بخلاف ما إذا أوصى لذي قرابته
حيث يكون للعم كل الوصية لأن اللفظ للفرد فيحرز الواحد كلها إذ هو الأقرب ولو
كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بينا ولو ترك عماً وعمة وخالاً وخالة فالوصية
للعم والعمة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما وهي أقوى والعمة وإن لم تكن وارثة فهي
مستحقة للوصية كما لو كان القريب رقيقاً أو كافراً وكذا إذا أوصى لذوي قرابته
أو لأقربائه أو لأنسبائه في جميع ما ذكرنا لأن كل ذلك لفظ جمع ولو انعدم
المحرم بطلت الوصية لأنها مقيدة بهذا الوصف قال ومن أوصى لأهل فلان
فهي على زوجته عند أبي حنيفة وقالا تتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقته
اعتباراً للعرف وهو مؤيد بالنص قال الله تعالى وأتوني بأهلكم أجمعين وله
أن اسم الأهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى وسار بأهله ومنه قولهم
تأهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف إلى الحقيقة ولو أوصى لآل فلان فهو لأهل بيته
لأن الآل القبيلة التي ينسب إليها ولو أوصى لأهل بيت فلان يدخل فيه أبوه
وجده لأن الأب أصل البيت ولو أوصى لأهل نسبه أو لجنسه فالنسب عبارة عما ينسب

اليه والنسب يكون من جهة الآباء وجنسه اهل بيت ابيه دون امه لان الانسان
يتجنس بابيه بخلاف قرابته حيث يكون من جانب الاب والام ولو اوصى لايتام
بني فلان او لعميانهم او لزمناهم او لاراملهم ان كانوا قوما يحصون دخل في الوصية
فقراؤهم واغنياؤهم وذكورهم واناثهم لانه امكن تحقيق التمليك في حقهم والوصية تمليك
وان كانوا لا يحصون فالوصية للفقراء منهم لان المقصود من الوصية القربة وهي
في سد الخلة ورد الجوعة وهذه الاسامي تشعر بتحقق الحاجة فجاز حمله على الفقراء
بخلاف ما اذا اوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون او لايامى بني فلان
وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية لانه ليس في اللفظ ما ينبئ عن الحاجة فلا يمكن صرفه
الى الفقراء ولا يمكن تصحيحه تمليكا في حق الكل للجهالة المتفاحشة وتعذر الصرف
اليهم وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم اعتبارا لمعنى الجمع
واقله اثنان في الوصايا على ما مر ولو اوصى لبني فلان يدخل فيه الاناث في قول
ابي حنيفة اول قوليه وهو قولهما لان جمع الذكور يتناول الاناث ثم رجع وقال
يتناول الذكور خاصة لان حقيقة الاسم للذكور وانتظامه الاناث تجوز و
الكلام لحقيقته بخلاف ما اذا كان بنو فلان اسم قبيلة او فخذ حيث يتناول
الذكور والاناث لانه ليس يراد بها اعيانهم اذ هو مجرد الانتساب كبني آدم
ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم قال ومن اوصى لولد فلان
فالوصية بينهم والذكر والانثى فيه سواء لان اسم الولد ينتظم الكل انتظاما واحدا
ومن اوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين لانه لما نص على لفظ
الورثة آذن ذلك بان قصده التفضيل كما في الميراث ومن اوصى لمواليه وله
موال اعتقهم وموال اعتقوه فالوصية باطلة وقال الشافعي في بعض كتبه ان
الوصية لهم جميعا وذكر في موضع آخر انه يوقف حتى يصالحوا له ان الاسم يتناولهم
لان كلا منهم يسمى مولى فصار كالاخوة ولنا ان الجهة مختلفة لان احدهما مولى
النعمة والآخر منعم عليه فصار مشتركا فلا ينتظمهما لفظ واحد في موضع الاثبات
بخلاف ما اذا حلف لا يكلم موالي فلان حيث يتناول الاعلى والاسفل لانه مقام
النفي ولا تنافي فيه ولو اوصى لمواليه فالوصية جائزة ويدخل في هذه الوصية
من اعتقه في الصحة والمرض ولا يدخل مدبروه وامهات اولاده لان عتق هؤلاء
يثبت بعد الموت والوصية تضاف الى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله وعن

وعن ابي يوسف انهم يدخلون لان سبب الاستحقاق لازم ويدخل فيه عبد قال له
مولاه ان لم اضربك فانت حر لان العتق يثبت قبيل الموت عند تحقق عجزه ولو كان
له موال واولاد الموالي وموالي الموالاة يدخل فيها معتقوه واولادهم دون
موالي الموالاة وعن ابي يوسف انهم يدخلون ايضا والكل شركاء لان الاسم
يتناولهم على السواء ومحمد يقول الجهة مختلفة في المعتق الانعام وفي الموالي
عقد الالتزام والاعتاق لازم فكان الاسم له احق ولا يدخل فيهم موالي الموالي
لانهم موالي غيره حقيقة بخلاف مواليه واولادهم لانهم ينسبون اليه باعتاق
وجد منه بخلاف ما اذا لم يكن له موال ولا اولاد الموالي لان اللفظ لهم مجاز
فيصرف اليه عند تعذر اعتبار الحقيقة ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي
فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا يدخل فيه موال
اعتقهم ابنه او ابوه لانهم ليسوا بمواليه لا حقيقة ولا مجازا وانما يحرز ميراثهم بالعصوبة بخلاف
معتق البعض لانه ينسب اليه بالولاء

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

قال وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة وتجوز بذلك ابدا لان المنافع يصح تمليكها
في حالة الحيوة ببدل وغير بدل فكذا بعد الممات لحاجته كما في الاعيان ويكون محبوسا
على ملكه في حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منافع
الوقف على حكم ملك الواقف وتجوز موقتا ومؤبدا كما في العارية فانها تمليك على اصلنا
بخلاف الميراث لانه خلافة فيما يتملكه المورث وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض
لا تبقى وكذا الوصية بغلة العبد والدار لانه بدل المنفعة فاخذ حكمها والمعنى يشملهما
قال فان خرجت رقبة العبد من الثلث يسلم اليه ليخدمه لان حق الموصى له في الثلث لا يزاحمه
الورثة وان كان لا مال له غيره خدم الورثة يومين والموصى له يوما لان حقه في الثلث
وحقهم في الثلثين كما في الوصية في العين ولا يمكن قسمة العبد اجزاء لانه لا يتجزى فصرنا
الى المهاياة ايفاء للحقين بخلاف الوصية بسكنى الدار اذا كان لا تخرج من الثلث
حيث تقسم عين الدار اثلاثا للانتفاع لانه يمكن القسمة بالاجزاء وهو اعدل
للتسوية بينهما زمانا وذاتا وفي المهاياة تقديم احدهما زمانا ولو اقتسموا الدار
مهاياة من حيث الزمان يجوز ايضا لان الحق لهم الا ان الاول وهو الاعدل
اولى وليس للورثة ان يبيعوا ما في ايديهم من ثلثي الدار وعن ابي يوسف ان لهم ذلك
لانه خالص ملكهم وجه الظاهر ان حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار بان ظهر

لتبيت مال آخر ويخرج الدار من الثلث وكذا له حق المزاحمة فيها في أيديهم إذا خربت ما في يده
والبيع يتضمن إبطال ذلك فيمنعوا عنه قال فإن مات الموصى له عاد إلى الورثة لأن
كان م
الموصي أوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه فلو انتقل إلى وارث الموصى له
حكم م
استحقها ابتداء من ملك الموصي من غير مرضاته وذلك لا يجوز ولو مات الموصى له
في حياة الموصي بطلت الوصية لأن إيجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل ولو أوصى
بغلة عبده أو داره فاستخدمه بنفسه أو سكنها بنفسه قيل يجوز ذلك لأن قيمة المنافع
كعينها في تحصيل المقصود والأصح أنه لا يجوز لأن الغلة دراهم أو دنانير وقد
وجبت الوصية بها وهذا استيفاء المنافع وهما متغايران ومتفاوتان في حق الورثة
فإنه لو ظهر دين يمكنهم أداؤه من الغلة بالاسترداد منه بعد استغلالها ولا يمكنهم
من المنافع بعد استيفائها بعينها وليس للموصى له بالخدمة والسكنى أن يؤاجر العبد أو
الدار وقال الشافعي له ذلك لأنه بالوصية ملك المنفعة فيملك تمليكها من غيره ببدل
أو بغير بدل لأنها كالأعيان عنده بخلاف العارية لأنها إباحة على أصله وليس بتمليك
ولنا أن الوصية تمليك بغير بدل مضاف إلى ما بعد الموت فلا يملك تمليكه ببدل اعتبارا
بالإعارة فإنها تمليك بغير بدل في حالة الحياة على أصلنا ولا يملك المستعير الإجارة
لأنها تمليك ببدل كذا هذا وتحقيقه أن التمليك ببدل لازم وبغير بدل غير لازم
ولا يملك الأقوى بالأضعف والأكثر بالأقل والوصية تبرع غير لازم إلا أن
الرجوع للمتبرع لا لغيره والمتبرع بعد الموت لا يمكنه الرجوع فلهذا انقطع أما
هو في وضعه غير لازم ولأن المنفعة ليست بمال على أصلنا وفي تمليكها بالمال إحداث
صفة المالية فيها تحقيقا للمساواة في عقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة
فإنما يثبت هذه الولاية لمن يملكها تبعا لملك الرقبة أو لمن يملكها بعقد المعاوضة م
التي تملكها أما إذا تملكها مقصودة بغير عوض ثم ملكها بعوض كان مملكا أكثر
مما تملكه معنى وهذا لا يجوز وليس للموصى له أن يخرج العبد من الكوفة إلا أن يكون
الموصى له وأهله في غير الكوفة فيخرجه إلى أهله ليخدمه هناك إذا كان يخرج من الثلث
لأن الوصية إنما تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصي فإذا كانوا في مصره فمقصوده
أن يمكنه من خدمته فيه بدون أن يلزمه مشقة السفر وإذا كانوا في غيره فمقصوده
أن يحمل العبد إلى أهله ليخدمهم ولو أوصى بغلة عبده أو بغلة داره يجوز أيضا
لأنه بدل المنفعة فأخذ حكم المنفعة في جواز الوصية به كيف وأنه عين حقيقة
لأنه دراهم أو دنانير فكان بالجواز أولى ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة

تلك السنة

تلك السنة لأنه عين مال يحتمل القسمة بالأجزاء فلو أراد الموصى له قسمة الدار بينه وبين
الورثة ليكون هو الذي يستغل ثلثها لم يكن له ذلك إلا في رواية عن أبي يوسف فإنه يقول
الموصى له شريك الوارث وللشريك ذلك فكذا للموصى له إلا أنا نقول المطالبة بالقسمة
تبتني على ثبوت الحق للموصى له فيما يلاقيه القسمة إذ هو المطالب ولا حق له في عين الدار
وإنما حقه في الغلة فلا يملك المطالبة بقسمة الدار ولو أوصى له بخدمة عبده ولآخر برقبته
وهو يخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة عليها لصاحب الخدمة لأنه
أوجب لكل واحد منهما شيئا معلوما عطفا منه لأحدهما على الآخر فتعتبر هذه الحالة
بحالة الانفراد ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة فلو لم يوص في الرقبة بشيء لصارت
الرقبة ميراثا للورثة مع كون الخدمة للموصى له فكذا إذا أوصى بالرقبة لإنسان آخر إذ
الوصية أخت الميراث من حيث إن الملك فيهما يثبت بعد الموت وله نظائر وهو ما إذا
أوصى بأمة لرجل وبما في بطنها لآخر وهي تخرج من الثلث أو أوصى لرجل بخاتم ولآخر
القوصرة وعاء التمر قاموس
بفصه أو قال هذه القوصرة لفلان وما فيها من التمر لفلان كان كما أوصى ولا شيء
لصاحب الظرف في المظروف في هذه المسائل كلها أما إذا فصل أحدهما عن الآخر
فيها فكذلك الجواب عند أبي يوسف وعلى قول محمد الأمة للموصى له بها والولد بينهما نصفان
وكذلك في أخواتها لأبي يوسف أن إيجابه في الكلام الثاني تبين أن مراده من الكلام
الأول إيجاب الأمة للموصى له بها دون الولد وهذا البيان منه صحيح وإن كان
مفصولا لأن الوصية لا تلزم شيئا في حال حياة الموصي فكان البيان المفصول فيه
والموصول سواء كما في وصية الرقبة والخدمة ولمحمد أن اسم الخاتم يتناول الحلقة
والفص وكذا اسم الجارية يتناولها وما في بطنها واسم القوصرة كذلك ومن أصلنا
أن العام موجبه ثبوت الحكم على سبيل الإحاطة بمنزلة الخاص فقد اجتمع في الفص وصيتان
الذي م
وكل منهما وصية بالإيجاب على حدة فيجعل الفص بينهما نصفين ولا يكون إيجاب الوصية
فيه للثاني رجوعا عن الأول كما إذا أوصى بالخاتم للثاني بخلاف الخدمة مع الرقبة
اسم م
لأن اسم الرقبة لا يتناول الخدمة وإنما يستخدمه الموصى له بحكم أن المنفعة حصلت على ملكه
فإذا أوجب الخدمة لغيره لا يبقى للموصى له فيه حق ونظيره إذا كان الكلام موصولا
لأن ذلك دليل التخصيص والاستثناء فتبين أنه أوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة
دون الفص قال ومن أوصى له بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة
وحدها وإن قال له ثمرة بستاني أبدا فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش

وان اوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل والفرق ان الثمرة اسم للموجود
عرفا فلا يتناول المعدوم الا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الابد لانه لا يتابد
الا بتناول المعدوم والمعدوم مذكور وان لم يكن شيئا اما الغلة فتنتظم الموجود وما
يكون بعرض الوجود مرة بعد اخرى عرفا يقال فلان ياكل من غلة بستانه ومن غلة
ارضه وداره فاذا اطلقت تتناولهما غير موقوف على دلالة اخرى اما الثمرة
اذا اطلقت لا يراد بها الا الموجود فلهذا يفتقر الانصراف الى دليل زائد قال
ومن اوصى لرجل بصوف غنمه ابدا او باولادها او بلبنها ثم مات فله ما في بطونها
من الولد وما في ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصي
سواء قال ابدا او لم يقل لانه ايجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الاشياء يومئذ
وهذا بخلاف ما تقدم والفرق ان القياس يابى تمليك المعدوم لانه لا يقبل الملك
الا ان في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة و
الاجارة فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بطريق الاولى لان بابها اوسع اما
الولد المعدوم واخواه لا يجوز ايراد العقد عليها اصلا ولا تستحق بعقد ما فكذا
لا تدخل تحت الوصية بخلاف الموجود منها لانه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعا و
بعقد الخلع مقصودا فكذا بالوصية **باب وصية الذمي** واذا صنع يهودي او
نصراني بيعة او كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث لان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة
والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذلك هذا واما عندهما فلان هذه معصية فلا تصح عندهما
قال ولو اوصى بذلك لقوم مسمين فهو من الثلث معناه اذا اوصى ان تبنى داره بيعة
او كنيسة فهو جائز من الثلث لان الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك وله
ولاية ذلك فامكن تصحيحه على اعتبار المعنيين ولو اوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين
جازت الوصية عند ابي حنيفة وقالا الوصية باطلة لان هذه معصية حقيقة وان
كان في معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من تقرير المعصية
وله ان هذه قربة في معتقدهم ونحن امرنا بان نتركهم وما يدينون فيجوز بناء على
اعتقادهم الا يرى انه لو اوصى بما هو قربة حقيقة معصية في معتقدهم لا تجوز
الوصية اعتبارا لاعتقادهم فكذا عكسه ثم الفرق لابي حنيفة بين بناء البيعة والكنيسة
وبين الوصية به ان البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني وانما يزول ملكه بان
يصير محررا خالصا لله تعالى كما في مساجد المسلمين والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى

حقيقة

حقيقة فيبقى ملكا للباني فيورث عنه ولانهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم يتحرر لتعلق
حق العباد به وفي هذه الصورة يورث المسجد ايضا لعدم تحريره بخلاف الوصية لانه
وضع لازالة الملك الا انه امتنع ثبوت مقتضاه في غير ما هو قربة عندهم فيبقى فيما هو
قربة على مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث ثم الحاصل ان وصايا الذمي على اربعة اقسام
منها ان يكون قربة في معتقدهم ولا يكون قربة في حقنا وهو ما ذكرناه وما اذا اوصى
الذمي بان تذبح خنازيره وتطعم المشركين وهذه على الخلاف اذا كان لقوم
غير مسمين كما ذكرناه والوجه ما بيناه ومنها اذا اوصى بما يكون قربة في حقنا
ولا يكون قربة في معتقدهم كما اذا اوصى بالحج او بان يبني مسجدا للمسلمين او بان يسرج
في مساجد المسلمين وهذه الوصية باطلة بالاجماع اعتبارا لاعتقادهم الا اذا كان
لقوم باعيانهم لوقوعه تمليكا لانهم معلومون والجهة مشورة ومنها اذا اوصى بما
يكون قربة في حقنا وفي حقهم كما اذا اوصى بان يسرج في بيت المقدس او يغزى
الترك وهو من الروم وهذا جائز سواء كانت لقوم باعيانهم او بغير اعيانهم لانه وصية
بما هو قربة حقيقة وفي معتقدهم ايضا ومنها اذا اوصى بما لا يكون قربة لا في حقنا
ولا في حقهم كما اذا اوصى للمغنيات والنائحات فان هذا غير جائز لانه معصية
في حقنا وفي حقهم الا ان يكون لقوم باعيانهم فيصح تمليكا واستخلافا وصاحب الهوى
اذا كان لا يكفر فهو بمنزلة المسلم في حق الوصية لانا امرنا ببناء الاحكام على الظاهر
وان كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته بين ابي حنيفة
وصاحبيه وفي المرتدة الاصح انه تصح وصاياها لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد
لانه يقتل او يسلم قال واذا دخل الحربي دارنا بامان فاوصى لمسلم او لذمي بماله
كله جاز لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة ولهذا تنفذ باجازتهم و
ليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب اذ هم اموات في حقنا ولان حرمة ماله
باعتبار الامان والامان كان لحقه لا لحق ورثته ولو كان اوصى باقل من ذلك
اخذت الوصية ورد الباقي على ورثته وذلك من حق المستامن ايضا ولو اعتق عبده
عند الموت او دبره في دار الاسلام فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بينا و
كذا لو اوصى له مسلم او ذمي بوصية جاز لانه ما دام في دار الاسلام فهو في المعاملات
بمنزلة الذمي ولهذا تصح عقود التمليكات منه في حال حياته ويصح تبرعه في حياته
فكذا بعد مماته وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه لا يجوز لانه من اهل الحرب اذ هو على

فصار الموصي ويمكن منه ولا يمكن من زيادة المقام على السنة الا بالجزية ولو اوصى الذمي
باكثر من الثلث او لبعض ورثته لا يجوز اعتبارا بالمسلمين لانهم التزموا احكام الاسلام
فيما يرجع الى المعاملات ولو اوصى لخلاف ملته جاز اعتبارا بالارث اذ الكفر كله
ملة واحدة ولو اوصى لحربي في دار الاسلام لا يجوز لان الارث ممتنع لتباين الدارين
والوصية اخته

باب الوصي وما يملكه

قال ومن اوصى الى رجل فقبل الوصي في
وجه الموصي وردها في غير وجهه فليس برد لان الميت مضى لسبيله معتمدا عليه
فلو صح رده في غير وجهه في حياته او بعد مماته صار مغرورا من جهته فرد رده
بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه او ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه لانه لا
ضرر هناك لانه حي قادر على التصرف بنفسه قال وان ردها في وجهه فهو رد
لانه ليس للموصي ولاية الزامه التصرف ولا غرور فيه لانه يمكنه ان ينيب غيره
قال وان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل
لان الموصي ليس له ولاية الالزام فبقي مخيرا فلو انه باع شيئا من تركته فقد لزمته
لان ذلك دلالة الالتزام والقبول وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع لصدوره
من الوصي وسواء علم بالوصاية او لم يعلم بخلاف الوكيل اذا لم يعلم بالتوكيل فباع
حيث لا ينفذ لان الوصاية خلافة لانه يختص بحال انقطاع ولاية الميت فتنتقل
الولاية اليه واذا كانت خلافة لا تتوقف على العلم كالوراثة اما التوكيل انابة لثبوته
في حال قيام ولاية المنيب فلا يصح من غير علم كاثبات الملك بالبيع والشراء وقد بينا
طريق العلم وشرط الاخبار رحمه فيما تقدم من الكتاب وان لم يقبل حتى مات الموصي فقال
لا اقبل ثم قال اقبل فله ذلك ان لم يكن القاضي اخرجه عن الوصاية حين قال لا اقبل
لان بمجرد قوله لا اقبل لا يبطل الايصاء لان في ابطاله ضررا بالميت وضرر
الوصي في الابقاء مجبور بالثواب ودفع الاول وهو اعلى اولى الا ان القاضي
اذا اخرجه عن الوصاية يصح ذلك لانه مجتهد فيه اذ للقاضي ولاية دفع الضرر
وربما يعجز عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصاية فيدفع القاضي الضرر عنه وينصب
حافظا لمال الميت متصرفا فيه فيندفع الضرر من الجانبين فلهذا ينفذ اخراجه فلو قال
بعد اخراج القاضي اياه اقبل لم يلتفت اليه لانه قبل بعد بطلان الوصاية بابطال
القاضي قال ومن اوصى الى عبد او كافر او فاسق اخرجهم القاضي عن الوصاية
ونصب غيرهم وهذا اللفظ يشير الى صحة الوصية لان الاخراج يكون بعدها وذكر

وذكر محمد في الاصل ان الوصية باطلة قيل معناه في جميع هذه الصور ستبطل وقيل في العبد
معناه باطلة حقيقة لعدم ولايته واستبداده وفي غيره معناه ستبطل وقيل في الكافر
باطل ايضا لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ان اصل النظر ثابت لقدرة
العبد حقيقة وولاية الفاسق على اصلنا وولاية الكافر في الجملة الا انه لم يتم النظر
لتوقف ولاية العبد على اجازة المولى وتمكنه من الحجر بعدها والمعاداة الدينية
الباعثة للكافر على ترك النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة فيخرجه القاضي
عن الوصاية ويقيم غيره مقامه اتماما للنظر وشرط في الاصل ان يكون الفاسق مخوفا
عليه في المال وهذا يصلح عذرا في اخراجه وتبديله بغيره قال ومن اوصى الى عبد نفسه
وفي الورثة كبار لم تصح الوصية لان للكبير ان يمنعه او يبيع نصيبه فيمنعه المشتري فيعجز
عن الوفاء بحق الوصاية فلا يفيد فائدته وان كانوا صغارا كلهم فالوصية اليه جائزة
عند ابي حنيفة وعندهما لا يجوز وهو القياس وقيل قول محمد مضطرب يروى مرة
مع ابي حنيفة ومرة مع ابي يوسف وجه القياس ان الولاية منعدمة لما ان الرق ينافيها
ولان فيه اثبات الولاية للمملوك على المالك وهذا قلب المشروع ولان الولاية الصادرة
من الاب لا تتجزى وفي اعتبار هذه تجزئتها لانه لا يملك بيع رقبته وهذا نقض
الموضوع وله انه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون اهلا للوصاية وليس لاحد عليه
ولاية فان الصغار وان كانوا ملاكا ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة وايصاء
المولى اليه يؤذن بكونه ناظرا لهم وصار كالمكاتب والوصاية قد تتجزى على ما هو
المروي عن ابي حنيفة او نقول يصار اليه كيلا يؤدي الى ابطال اصله وتغيير الوصف
لتصحيح الاصل اولى قال ومن عجز عن القيام بالوصية ضم اليه القاضي غيره رعاية لحق
الموصي والورثة وهذا لان تكميل النظر يحصل بضم الآخر اليه لصيانته ونقص كفايته
فيتم النظر باعانة غيره ولو شكا اليه الوصي ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة
لان الشاكي قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه ولو ظهر عند القاضي عجزه اصلا استبدل
به رعاية للنظر من الجانبين ولو كان قادرا على التصرف امينا فيه ليس للقاضي ان يخرجه
لانه لو اختار غيره كان دونه لما انه مختار الميت ومرضيه فابقاؤه اولى ولهذا
قدم على اب الميت مع وفور شفقته فاولى ان يقدم على غيره وكذا اذا شكا الورثة
او بعضهم الوصي الى القاضي فانه لا ينبغي للقاضي ان يعزله حتى يبدو له منه خيانة
لانه استفاد الولاية من الميت غير انه اذا ظهرت الخيانة فالميت انما نصبه وصيا

الأمانة وقد فاتت ولو كان في الأحياء لا يوجد منهم فعند محمد ينوب القاضي منابه
كأنه لا وصي له. قال ومن أوصى إلى اثنين لم يكن لأحدهما أن يتصرف عند أبي حنيفة ومحمد
دون صاحبه إلا في أشياء معدودة نبينها إن شاء الله تعالى. وقال أبو يوسف
ينفرد كل منهما بالتصرف في جميع الأشياء لأن الوصاية سبيلها الولاية وهي
وصف شرعي لا يتجزى فيثبت لكل واحد منهما كملا كولاية الإنكاح للأخوين وهذا
لأن الوصاية خلافة وإنما يتحقق إذا انتقلت الولاية إليه على الوجه الذي كان
ثابتا للموصي وقد كان بوصف الكمال ولأن اختيار الأب إياهما يؤذن باختصاص
كل واحد منهما بالشفقة فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما. ولهما أن الولاية
تثبت بالتفويض فيراعى وصف التفويض وهو وصف الاجتماع إذ هو شرط
مفيد وما رضي الموصي إلا بالمثنى وليس الواحد كالمثنى بخلاف الأخوين في
الإنكاح لأن السبب هنالك القرابة وقد قامت بكل منهما كملا ولأن الإنكاح حق
مستحق لها على الولي حتى لو طالبته بإنكاحها من كفء يخطبها يجب عليه وهنا حق التصرف
للوصي ولهذا بقي مخيرا في التصرف ففي الأول أوفى حقا على صاحبه فصح وفي الثاني
استوفى حقا لصاحبه فلا يصح أصله الدين الذي عليهما ولهما. بخلاف الأشياء
المعدودة لأنها من باب الضرورة لا من باب الولاية ومواضع الضرورة مستثناة
أبدا وهي ما استثناه في الكتاب وأخواتها فقال إلا في شراء الكفن وتجهيزه
لأن في التأخير فساد الميت ولهذا يملكه الجيران عند ذلك وطعام الصغار و
كسوتهم لأنه يخاف موتهم جوعا وعريا ورد الوديعة بعينها ورد المغصوب والمشترى
شراء فاسدا وحفظ الأموال وقضاء الديون لأنها ليست من باب الولاية
فإنه يملكه المالك وصاحب الدين إذا ظفر بجنس حقه وحفظ المال يملكه من يقع
في يده فكان من باب الإعانة ولأنه لا يحتاج فيه إلى الرأي وتنفيذ وصية
بعينها وعتق عبد بعينه لأنه لا يحتاج فيه إلى الرأي والخصومة في حقوق الميت
لأن الاجتماع فيها متعذر ولهذا ينفرد بها أحد الوكيلين وقبول الهبة لأن
في التأخير خيفة الفوات ولأنه يملكه الأم والذي في حجره فلم يكن من باب الولاية
وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف لأن فيه ضرورة لا تخفى وجمع الأموال الضائعة
لأن في التأخير خشية الفوات ولأنه يملكه كل من وقع في يده فلم يكن من باب الولاية
قال وفي الجامع الصغير وليس لأحد الوصيين أن يبيع ويتقاضى والمراد

بالتقاضي الاقتضاء كذا كان المراد منه في عرفهم وهذا لأنه رضي بأمانتهما جميعا
في القبض ولأنه في معنى المبادلة لا سيما عند اختلاف الجنس على ما عرف فكان
من باب الولاية. ولو أوصى إلى كل واحد على الانفراد قيل ينفرد كل واحد منهما
بالتصرف بمنزلة الوكيلين إذا وكل كل واحد على الانفراد وهذا لأنه لما أفرد
فقد رضي برأي الواحد وقيل الخلاف في الفصلين واحد لأن وجوب الوصية
عند الموت بخلاف الوكيلين لأن الوكالة تتعاقب. قال فإن مات أحدهما جعل القاضي
مكانه وصيا آخر أما عندهما فلأن الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم القاضي
إليه وصيا آخر نظرا للميت عند عجزه وعند أبي يوسف الحي منهما وإن كان يقدر على
التصرف فالموصي قصد أن يخلفه متصرفان في حقوقه وذلك ممكن التحقيق بنصب
وصي آخر مكان الميت. ولو أن الميت منهما أوصى إلى الحي فللحي أن يتصرف وحده
في ظاهر الرواية بمنزلة ما إذا أوصى إلى شخص آخر ولا يحتاج القاضي إلى نصب وصي
آخر لأن رأي الميت باق حكما برأي من يخلفه وعن أبي حنيفة أنه لا ينفرد
بالتصرف لأن الموصي ما رضي بتصرفه وحده بخلاف ما إذا أوصى إلى غيره لأنه
ينفذ تصرفه برأي المثنى كما رضيه المتوفى. وإذا مات الوصي فأوصى إلى آخر
فهو وصيه في تركته وتركة الميت الأول عندنا وقال الشافعي لا يكون وصيا
في تركة الميت الأول اعتبارا بالتوكيل في حالة الحياة والجامع أنه رضي برأيه
لا برأي غيره ولنا أن الوصي يتصرف بولاية منتقلة إليه فيملك الإيصاء إلى غيره
كالجد ألا يرى أن الولاية التي كانت ثابتة للموصي تنتقل إلى الوصي في المال
وإلى الجد في النفس ثم الجد قام مقام الأب فيما انتقل إليه فكذا الوصي وهذا
لأن الإيصاء إقامة غيره مقامه فيما له ولاية وعند الموت كانت له ولاية
في التركتين فينزل الثاني منزلته فيهما ولأنه لما استعان به في ذلك مع علمه أنه
تعتريه المنية قبل تتميم مقصوده وهو تلافي ما فرط منه صار راضيا بإيصائه
إلى غيره بخلاف الوكيل لأن الموكل حي يمكنه أن يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى
بتوكيل غيره والإيصاء إليه. قال ومقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة جائزة
ومقاسمته الورثة عن الموصى له باطلة لأن الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب
ويرد عليه ويصير مغرورا بشراء المورث والوصي خليفة الميت أيضا فيكون خصما
عن الوارث إذا كان غائبا فصحت قسمته عليه حتى لو حضر وقد هلك ما في يد الوصي

هلكا م

ليس له أن يشارك الموصى له أما الموصى له ليس بخليفة عن الميت من كل وجه لأنه ملكه بسبب جديد ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه ولا يصير مغرورا بشراء الموصي فلا يكون الوصي خليفة عنه عند غيبته حتى لو أفرز له عند الوصي كان له ثلث ما بقي لأن القسمة لم تنفذ عليه غير أن الوصي لا يضمن لأنه أمين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما إذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقي لأن الموصى له شريك الوارث فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقي على الشركة. قال فإن قاسم الورثة وأخذ نصيب الموصى له فضاع رجع الموصى له بثلث ما بقي لما بينا.

قال وإن كان أوصى الميت بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده يحج عن الميت من ثلث ما بقي وكذلك إن دفعه إلى رجل ليحج عنه فضاع في يده. وقال أبو يوسف إن كان مستغرقا للثلث لم يرجع بشيء وإلا يرجع بتمام الثلث. وقال محمد لا يرجع بشيء لأن القسمة حق الموصي ولو أفرز الموصي بنفسه لا ليحج عنه فهلك لا يلزمه شيء وبطلت الوصية فكذا إذا أفرزه وصيه الذي قام مقامه. ولأبي يوسف أن محل الوصية الثلث فيجب تنفيذها ما بقي محلها وإذا لم يبق بطلت لفوات محلها. ولأبي حنيفة أن القسمة لا تراد لذاتها بل لمقصودها وهو تأدية الحج فلم تعتبر دونه وصار كما إذا هلك قبل القسمة فيحج بثلث ما بقي ولأن تمامها بالتسليم إلى الجهة المسماة إذ لا قابض لها فإذا لم يصرف إلى ذلك الوجه لم يتم فصار كهلاكه قبلها. قال ومن أوصى بثلث ألف درهم فدفعها الورثة إلى القاضي فقسمها والموصى له غائب فقسمته جائزة لأن الوصية صحيحة ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثا لورثته والقاضي نصب ناظرا لا سيما في حق الموتى والغيب ومن النظر إفراز نصيب الغائب وقبضه فنفذ ذلك وصح حتى لو حضر الغائب وقد هلك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل.

قال وإذا باع الوصي عبدا من التركة بغير محضر من الغرماء فهو جائز لأن الوصي قائم مقام الموصي ولو تولى حيا بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء وإن كان في مرض موته فكذا إذا تولاه من قام مقامه وهذا لأن حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة فالبيع لا يبطل المالية لفواتها إلى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المديون لأن للغرماء حق الاستسعاء أما ههنا بخلافه. قال ومن أوصى بأن يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصي وقبض الثمن فضاع في يده ثم استحق العبد ضمن الوصي لأنه هو العاقد فتكون العهدة عليه وهذه عهدة لا

ابو حنيفة رحمه الله تعالى م

لأن المشتري منه ما رضي ببذل الثمن إلا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد أخذ الوصي مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده. قال ويرجع فيما ترك الميت لأنه عامل له فيرجع عليه كالوكيل. وكان يقول أولا لا يرجع لأنه ضمن بقبضه ثم رجع إلى ما ذكرنا ويرجع في جميع التركة. وعن محمد أنه يرجع في الثلث لأن الرجوع بحكم الوصية فأخذ حكمها ومحل الوصية الثلث. وجه الظاهر أنه يرجع عليه بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين يقضى من جميع التركة بخلاف القاضي وأمينه إذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه لأن في إلزامها القاضي تعطيل القضاء إذ يتحامى عن تقلد هذه الأمانة حذرا عن لزوم الغرامة فتتعطل مصلحة العامة وأمينه سفير عنه كالرسول ولا كذلك الوصي لأنه بمنزلة الوكيل وقد مر في كتاب القضاء. قال وإن كانت التركة قد هلكت أو لم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء كما إذا كان على الميت دين آخر.

قال وإن قسم الوصي الميراث فأصاب صغيرا من الورثة عبد فباعه وقبض الثمن فهلك واستحق العبد رجع في مال الصغير لأنه عامل له ويرجع الصغير على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما أصابه. قال وإذا احتال الوصي بمال اليتيم فإن كان ذلك خيرا لليتيم جاز وهو أن يكون أملى إذ الولاية نظرية وإن كان الأول أملى لا يجوز لأن فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه. قال ولا يجوز بيع الوصي ولا شراؤه إلا بما يتغابن الناس في مثله لأنه لا نظر في الغبن الفاحش بخلاف اليسير لأنه لا يمكن التحرز عنه ففي اعتباره انسداد بابه والصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة لأنهم يتصرفون بحكم المالكية والإذن فك الحجر بخلاف الوصي لأنه يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظرا فيتقيد بموضع النظر وعندهما لا يملكونه لأن التصرف بالفاحش منه تبرع ولا ضرورة فيه وهم ليسوا من أهله. قال وإذا كتب كتاب الشراء على وصي كتب كتاب الشراء على حدة وكتاب الوصية على حدة لأن ذلك أحوط. ولو كتب جملة عسى يكتب الشاهد شهادته فيما قرأه من غير تفصيل فيصير ذلك حملا له على الكذب ثم قيل يكتب اشترى من فلان بن فلان ولا يكتب من فلان وصي فلان لما بينا وقيل لا بأس بذلك لأن الوصاية تعلم ظاهرا. قال وبيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء إلا في العقار لأن الأب يلي ما سواه ولا يليه فكذا وصيه فيه وكان

القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضا لأنه لا يملكه الأب على الكبير الغائب
إلا أنا استحسناه لما أنه حفظ لتسارع الفساد إليه وحفظ الثمن أيسر وهو
يملك الحفظ أما العقار فمحصن بنفسه قال ولا يتجر في المال لأن المفوض إليه الحفظ دون
التجارة وقال أبو يوسف ومحمد وصي الأخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة
وصي الأب في الكبير الغائب وكذا وصي الأم ووصي العم وهذا الجواب في تركة
هؤلاء لأن وصيهم قائم مقامهم وهم يملكون ما يكون من باب الحفظ فكذا وصيهم
قال والوصي أحق بمال الصغير من الجد وقال الشافعي الجد أحق لأن الشرع
أقامه مقام الأب حال عدمه حتى أحرز الميراث فيقدم على وصيه ولنا أن
بالإيصاء تنتقل ولاية الأب إليه فكانت ولايته قائمة معنى فيقدم عليه كالأب
نفسه وهذا لأن اختياره الوصي مع علمه بقيام الجد يدل على أن تصرفه أنظر
لبنيه من تصرف أبيه فإن لم يوص الأب فالجد بمنزلة الأب لأنه أقرب الناس إليه
وأشفقهم عليه حتى يملك الإنكاح دون الوصي غير أنه يقدم وصي الأب في التصرف
لما بيناه **فصل في الشهادة** وإذا شهد الوصيان أن الميت أوصى إلى فلان
معهما فالشهادة باطلة لأنهما متهمان فيها لإثباتهما معينا لأنفسهما قال إلا
أن يدعيها المشهود له وهذا استحسان وهو في القياس كالأول لما بينا من التهمة
وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء أو ضم آخر إليهما برضاه
بدون شهادتهما فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه أما الوصاية تثبت بنصب
القاضي قال وكذلك الابنان معناه إذا شهدا أن الميت أوصى إلى رجل وهو
منكر لأنهما يجران إلى أنفسهما نفعا بنصب حافظ للتركة ولو شهدا يعني الوصيين
لوارث صغير بشيء من مال الميت أو غيره فشهادتهما باطلة لأنهما يظهران ولاية
التصرف لأنفسهما في المشهود به وإن شهدا لوارث كبير في مال الميت لم يجز
وإن كان في غير مال الميت جاز وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد
إن شهدا لوارث كبير يجوز في الوجهين لأنه لا يثبت لهما ولاية التصرف في التركة
إذا كانت الورثة كبارا فعريت عن التهمة وله أنه يثبت لهما ولاية الحفظ و
ولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث فتحققت التهمة بخلاف شهادتهما في غير التركة
لانقطاع ولاية وصي الأب عنه لأن الميت أقامه مقام نفسه في تركته لا في غيرها
وإذا شهد رجلان لرجلين على ميت بدين ألف درهم وشهد الآخران للأولين

بمثل ذلك جازت شهادتهما فإن كانت شهادة كل فريق للآخر بوصية ألف درهم
لم تجز وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا تقبل في الدين أيضا
وأبو حنيفة فيما ذكره الخصاف مع أبي يوسف وعن أبي يوسف مثل قول محمد وجه
القبول أن الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة
ولهذا لو تبرع أجنبي بقضاء دين أحدهما ليس للآخر حق المشاركة وجه الرد
أن الدين بالموت يتعلق بالتركة إذ الذمة خربت بالموت ولهذا لو استوفى
أحدهما حقه من التركة يشاركه الآخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحقق
التهمة بخلاف حال حياة المديون لأنه في الذمة لبقائها لا في المال فلا تتحقق
الشركة قال وإذا شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بجاريته وشهد المشهود لهما
أن الميت أوصى للشاهدين بعبده جازت الشهادة بالاتفاق لأنه لا شركة فلا تهمة
ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بثلث ماله وشهد المشهود لهما أنه أوصى
للشاهدين بثلث ماله فالشهادة باطلة وكذلك إذا شهدا أن الميت
أوصى لهذين الرجلين بعبد وشهد المشهود لهما أنه أوصى للأولين بثلث ماله
فهي باطلة لأن الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة

كتاب الخنثى

فصل في بيانه قال وإذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى فإن كان
يبول من الذكر فهو غلام وإن كان يبول من الفرج فهو أنثى لأن النبي صلى الله تعالى
عليه وسلم سئل عنه كيف يورث فقال من حيث يبول وعن علي رضي الله تعالى عنه
مثله ولأن البول من أي عضو كان فهو دلالة على أنه هو العضو الأصلي الصحيح
والآخر بمنزلة العيب وإن بال منهما فالحكم للأسبق لأن ذلك دلالة أخرى أنه
هو العضو الأصلي وإن كانا في السبق سواء فلا معتبر بالكثرة عند أبي حنيفة وقالا
ينسب إلى أكثرهما لأنه علامة قوة ذلك العضو وكونه عضوا أصليا ولأن للأكثر
حكم الكل في أصول الشرع فيترجح بالكثرة وله أن كثرة الخروج ليس تدل على القوة
لأنه قد يكون لاتساع المخرج في أحدهما وضيقه في الآخر وإن كان يخرج منهما
على السواء فهو مشكل بالاتفاق لأنه لا مرجح قال وإذا بلغ الخنثى وخرجت
له لحية أو وصل إلى النساء فهو رجل وكذا إذا احتلم كما يحتلم الرجل وكان له
ثدي مستو لأن هذه من علامات الذكران ولو ظهر له ثدي كثدي المرأة
أو نزل له لبن في ثديه أو حاض أو حبل أو أمكن الوصول إليه من الفرج فهو امرأة

لان هذه من علامات النساء وان لم يظهر احدى هذه العلامات فهو خنثى مشكل
وكذا اذا تعارضت هذه المعالم **فصل في احكامه** الاصل في الخنثى المشكل
ان يؤخذ فيه بالاحوط والاوثق في امور الدين وان لا يحكم بثبوت حكم وقع
الشك في ثبوته قال واذا وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء
لاحتمال انه امراة فلا يتخلل الرجال كيلا تفسد صلاتهم ولا النساء لاحتمال
انه رجل فتفسد صلاته فان قام في صف النساء فاحب الي ان يعيد صلاته
لاحتمال انه رجل وان قام في صف الرجال فصلاته تامة ويعيد الذي عن يمينه
وعن يساره والذي خلفه بحذائه صلاتهم احتياطا لاحتمال انه امراة واحب
الينا ان يصلي بقناع لانه يحتمل انه امراة ويجلس في صلاته جلوس المراة لانه
ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة وان كان امراة فقد ارتكب
مكروها لان الستر على النساء واجب ما امكن وان صلى بغير قناع امرته ان يعيد
لاحتمال انه امراة وهو على الاستحباب وان لم يعد اجزاه وتبتاع له امة تختنه
ان كان له مال لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان او امراة ويكره ان يختنه
رجل لانه عساه انثى او تختنه امراة لانه لعله رجل فكان الاحتياط فيما قلنا
وان لم يكن له مال ابتاع له الامام من بيت المال لانه اعد لنوائب المسلمين فاذا
ختنته باعها ورد ثمنها في بيت المال لوقوع الاستغناء عنها ويكره له في حياته
لبس الحرير والحلي وان ينكشف قدام الرجال وقدام النساء وان يخلو به غير
محرم من رجل وامراة وان يسافر من غير محرم من الرجال توقيا عن احتمال
المحرم وان احرم وقد راهق قال ابو يوسف لا علم لي في لباسه لانه ان كان
ذكرا يكره له لبس المخيط وان كان انثى يكره له تركه وقال محمد يلبس لباس المراة
لان ترك لبس المخيط وهو امراة اخش من لبسه وهو رجل ولا شيء عليه لانه لم يبلغ
ومن حلف بطلاق او عتاق ان كان اول ولد تلدينه غلاما فولدت خنثى لم يقع
حتى يستبين امر الخنثى لان الحنث لا يثبت بالشك ولو قال كل عبد لي حر وقال
كل امة لي حرة وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين امره لما قلنا وان قال
القولين جميعا عتق للتيقن باحد الوصفين لانه ليس بمهمل وان قال الخنثى انا
رجل او قال انا امراة لم يقبل قوله اذا كان مشكلا لانه دعوى تخالف قضية
الدليل وان لم يكن مشكلا ينبغي ان يقبل قوله لانه اعلم بحاله من غيره فان مات

قبل

قبل ان يستبين امره لم يغسله رجل ولا امراة لان حل الغسل غير ثابت بين الرجال
والنساء فبقي في احتمال المحرم وييمم بالصعيد لتعذر الغسل ولا يحضر ان كان
مراهقا غسل رجل ولا امراة لاحتمال انه ذكر او انثى وان يسجى قبره فهو احب
لانه ان كان انثى يقيم واجبا وان كان ذكرا فالتسجية لا تضره واذا مات
فصلي عليه وعلى رجل واذا اراد ان يصلي عليه وعلى رجل وامراة وضع الرجل مما
يلي الامام والخنثى خلفه والمراة خلف الخنثى فيؤخر عن الرجل لاحتمال
رجل م
انه امراة ويقدم على المراة لاحتمال انه ذكر ولو دفن مع رجل في قبر واحد
من عذر جعل الخنثى خلف الرجل لاحتمال انه امراة ويجعل بينهما حاجز من صعيد
وان كان مع امراة قدم الخنثى لاحتمال انه رجل وان جعل على السرير نعش
المراة فهو احب الي لاحتمال انه عورة ويكفن كما تكفن الجارية وهو احب الي
يعني يكفن في خمسة اثواب لانه ان كان انثى فقد اقيمت سنة وان كان ذكرا
فقد زادوا على الثلث ولا باس بذلك ولو مات ابوه وخلف ابنا وخنثى فالمال
بينهما عند ابي حنيفة اثلاثا للابن سهمان وللخنثى سهم وهو انثى عنده في الميراث
الا ان يتبين غير ذلك وقالا للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى وهو
قول الشعبي واختلفا في قياس قوله قال محمد المال بينهما على اثني عشر سهما
اختلفوا ٦
للابن سبعة وللخنثى خمسة وقال ابو يوسف المال بينهما على سبعة اسهم للابن اربعة
وللخنثى ثلاثة لان الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى يستحق ثلاثة الارباع
فعند الاجتماع يقسم بينهما على قدر حقيهما هذا يضرب بثلاثة وذلك يضرب
باربعة فيكون سبعة ولمحمد ان الخنثى لو كان ذكرا يكون المال بينهما نصفين
وان كان انثى يكون المال بينهما اثلاثا احتجنا الى حساب له نصف وثلث
لكل واحد
واقل ذلك ستة ففي حال يكون المال بينهما نصفين وفي حال اثلاثا للخنثى سهمان
وللابن اربعة فسهمان للخنثى ثابتان بيقين ووقع الشك في السهم الزائد فتنصف
فيكون له سهمان ونصف فانكسر فاضعف ليزول الكسر فصار الحساب من
اثني عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة ولابي حنيفة ان الحاجة ههنا الى اثبات المال
ابتداء والاقل وهو ميراث الانثى متيقن به وفيما زاد عليه شك فاوجبنا
المتيقن قصرا عليه لان المال لا يجب بالشك صار كما اذا كان الشك في وجوب
المال بسبب آخر فانه يؤخذ فيه بالمتيقن كذا هنا الا ان يصيبه الاقل لو قدرناه
٥

ذكرا فحينئذ يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به وهو ان يكون الخنثى
زوجا واما واختا لاب وام هي خنثى او امراة واخوين لام واختا لاب وام
وهي خنثى فعندنا في الاولى للزوج النصف وللام الثلث والباقي للخنثى وفي
الثانية للمراة الربع وللاخوين لام الثلث والباقي للخنثى لانه اقل النصيبين فيهما

مسائل شتى

قال واذا قرئ على الاخرس كتاب وصية فقيل له نشهد عليك بما في هذا الكتاب فاومى براسه اي نعم او كتب فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار فهو جائز ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه وقال الشافعي يجوز في الوجهين لان المجوز انما هو العجز وقد شمل الفصلين ولا فرق بين العارضي والاصلي كالوحشي والمتوحش من الاهلي في حق الذكوة والفرق لاصحابنا ان الاشارة انما تعتبر اذا صارت معهودة معلومة وذلك في الاخرس دون المعتقل لسانه حتى لو امتد ذلك وصارت له اشارات معلومة قالوا هو بمنزلة الاخرس ولان التفريط جاء من قبله حيث اخر الوصية الى هذا الوقت واما الاخرس فلا تفريط منه ولان العارضي على شرف الزوال دون الاصلي فلا يتقايسان وفي الآبدة عرفناه بالنص قال واذا كان الاخرس يكتب كتابا او يومي ايماء يعرف به فانه يجوز نكاحه وطلاقه وبيعه وشراؤه ويقتص منه وله ولا يحد ولا يحد له اما الكتابة فلانها ممن ناى بمنزلة الخطاب ممن دنا الا ترى ان النبي عليه السلام ادى واجب التبليغ مرة بالعبارة وتارة بالكتابة الى الغيب والمجوز في حق الغائب العجز وهو في الاخرس اظهر والزم ثم الكتابة على ثلث مراتب مستبين مرسوم وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قالوا ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار واوراق الاشجار وينوي فيه لانه بمنزلة الكناية فلا بد من النية وغير مستبين كالكتابة على الهواء والماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع فلا يثبت به الحكم واما الاشارة فجعلت حجة في الاخرس في حق هذه الاحكام للحاجة الى ذلك لانها من حقوق العباد ولا يختص بلفظ دون لفظ وقد يثبت بدون اللفظ والقصاص حق العبد ايضا ولا حاجة الى الحدود لانها حق الله تعالى ولانها تندرئ بالشبهات ولعله كان مصدقا للقاذف فلا يحد له للشبهة ولا يحد ايضا بالاشارة في القذف لانعدام القذف صريحا وهو الشرط ثم الفرق بين الحدود والقصاص ان الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة الا ترى انه لو شهدوا

فاوما ظ

صح م

بالوطي

بالوطي الحرام او اقر بالوطي الحرام لا يجب الحد ولو شهدوا بالقتل المطلق او اقر بمطلق القتل يجب القصاص وان لم يوجد لفظ التعمد وهذا لان القصاص فيه معنى العوضية لانه شرع جابرا فجاز ان يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد اما الحدود الخالصة لله تعالى شرعت زواجر وليس فيها معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة وذكر في كتاب الاقرار ان الكتاب من الغائب ليس بحجة في قصاص يجب عليه ويحتمل ان يكون الجواب ههنا كذلك فيكون فيهما روايتان ويحتمل ان يكون مفارقا لذلك لانه يمكن الوصول الى نطق الغائب في الجملة لقيام اهليته النطق ولا كذلك الاخرس لتعذر الوصول الى النطق للافة اللازمة ودلت المسئلة على ان الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة بخلاف ما توهمه بعض اصحابنا انه لا يعتبر الاشارة مع القدرة على الكتابة لانه حجة ضرورية ولا ضرورة لانه جمع ههنا بينهما فقال اشار او كتب وانما استويا لان كل واحد منهما حجة ضرورية وفي الكتابة زيادة بيان لم يوجد في الاشارة وفي الاشارة زيادة اثر لم يوجد في الكتابة لما انه اقرب الى النطق من اثار الاقلام فاستويا وكذلك الذي صمت يوما او يومين بعارض لما بينا في المعتقل لسانه لان آلة النطق قائمة وقيل هذا تفسير المعتقل الكلام. قال واذا كانت الغنم مذبوحة وفيها ميتة فان كانت المذبوحة اكثر تحرى فيها واكل وان كانت الميتة اكثر او كانا نصفين لم ياكل وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار اما في حالة الضرورة يحل له التناول في جميع ذلك لان الميتة المتيقنة تحل في حالة الضرورة فالتي يحتمل ان تكون ذكية اولى غير انه يتحرى لانه طريق يوصله الى الذكية في الجملة فلا يتركه من غير ضرورة وقال الشافعي لا يجوز الاكل في حالة الاختيار وان كانت المذبوحة اكثر لان التحري دليل ضروري فلا يصار اليه من غير ضرورة ولا ضرورة لان الحالة حالة الاختيار ولنا ان الغلبة تنزل منزلة الضرورة في افادة الاباحة الا ترى ان اسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم المسروق والمغصوب ومع ذلك يباح التناول اعتمادا على الغالب وهذا لان القليل لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع الامتناع عنه فسقط اعتباره دفعا للحرج كقليل النجاسة وقليل الانكشاف بخلاف ما اذا كانا نصفين او كانت الميتة اغلب لانه لا ضرورة.

تم كتاب الهداية

والحمد لله سبحانه على توالي نواله والصلاة والسلام على نبيه محمد وآله

في نهاية النهاية للشيخ محمد بن محمد بن الشحنة رحمه الله تعالى

أول من شرح الهداية العلامة حميد الدين الضرير ثم تاج الشريعة ثم جلال الدين الخبازي ثم شمس الدين السروجي ثم حسام الدين السغناقي ثم شهاب الدين أحمد بن الحسن المعروف بابن الزركشي ثم علاء الدين عبد العزيز البخاري ثم قوام الدين الكاكي ثم السيد جلال الدين الكرلاني ثم قوام الدين الاتقاني ثم جمال الدين محمود القونوي الدمشقي ثم قاضي القضاة شرف الدين الهندي ثم اكمل الدين البابرتي ثم علاء الدين البحري ثم زين الدين مصطفى القرماني ثم سعد الدين الديري ثم بدر الدين العيني ثم كمال الدين بن الهمام

وقلت

الاكمل شراح الهداية حيّ واستعد انما قد تلاه امام
حميد فتاج فالجلال فشمسهم حسام شهاب فالعلا فقوام
شريف فالاتقاني وابن سراج فالسراج اكمل البحري وهو تمام
لمرقبنا ثم المعاصر مصطفى وبدر وسعد فالكمال ختام

وقع الفراغ من تحرير كتاب الهداية للعلامة فقيه المجتهدين برهان الدين علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني رحمه الله تعالى على يدي العبد الفقير إلى الله تعالى أحمد بن علي بن نعمة عفا عنهم الملك الصمد في وقت الضحى من شهر ذي الحجة يوم الأربعاء من شهور سنة [illegible] وألف وكان في قسطنطنية والحمد لله

للعلامة عماد الملة والدين ابي بكر بن عبد الجليل بن ابي بكر الفرغاني صاحب الهداية برهان الدين ابي الحسن علي بن

كتاب الهداية يهدي الهدى • الى حافظيه ويجلو العمى
فلازمه واحفظه يا ذا الحجى • فمن ناله نال اقصى المنى

غيره

ان الهداية كالقرآن قد نسخت • ما صنفوا قبلها في الشرع من كتب
فالزم قراءتها واحفظ قواعدها • يسلم مقالك عن زيغ وعن كذب

للعلامة قوام الدين الاتقاني عليه الرحمة

كتاب الهداية در انيق وبحر عميق بلا ساحل
دقيق المعاني دقيق المباني وفيها اماني عن العاقل

حسبي الله وحده
من الكتب التي وقفها الفقير
إلى الله ربه ذي المواهب
محمد المدعو بعين الصدور [illegible]
وكفى عبده